

José Augusto Cerqueira dos Santos

A Harmonização do Direito do Consumo

Recentes desenvolvimentos ao nível europeu e nacional

Dissertação para Mestrado em
Ciências Jurídico-Privatísticas
na Faculdade de Direito da
Universidade do Porto, sob a
orientação da Professora Maria
Raquel Guimarães

Porto, Julho de 2015

Resumo

Este estudo teve como ponto de partida a observação dos últimos desenvolvimentos europeus ao nível da legislação relativa ao Direito do Consumo, assim como os correspondentes movimentos legais em Portugal. Com especial incidência na tentativa da UE em consolidar as normas do Direito do Consumo entre os diferentes Estados-Membros, serão analisados diplomas e iniciativas europeias, desde o Quadro Comum de Referência à *Common European Sales Law*, passando pela Proposta de Directiva de 2008, chegando à Directiva 2011/83/UE, sem esquecer os reflexos ao nível nacional no que toca à transposição de Directivas e a tentativa, sem sucesso, de adopção de um Código do Consumidor.

No seio de todo este processo, procura-se averiguar a pertinência das questões mais controversas, assim como o mérito das soluções propostas pela doutrina e pela jurisprudência para esses problemas. Finalizando, olhamos para a Directiva de 2011 como uma espécie de resultado provisório, analisando matérias específicas de maior importância como a das informações pré-contratuais e o direito de "retractação", lado a lado com a sua transposição para o ordenamento jurídico nacional através do DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, tendo em conta alterações e eventuais divergências terminológicas.

No fundo, visa-se compreender até que ponto a realidade legal actual coincide ou não com os objectivos traçados pela UE, perceber porque certos textos foram votados a um relativo insucesso, o que foi preservado após a redução do nível de ambição demonstrado pelas instituições europeias e, no final, ponderar qual o caminho a seguir, utilizando aquilo que foi criado com mérito e procurando preencher as lacunas ainda existentes. Isto, sem nunca esquecer os Princípios orientadores do Direito Europeu do Consumo e as especificidades do Direito Europeu em geral, nomeadamente o "conflito" de sistemas legais numa comunidade heterógena.

Abstract

This essay stems from the observation of the most recent developments in the field of consumer law, particularly on a European level, but also in Portuguese law. Focusing on the EU's attempt to consolidate rules of consumer law between the various Member-States, this analysis will include the discussion of laws and initiatives, such as the Common Frame of Reference and Common European Sales Law, the Proposal for a Directive made in 2008, arriving at the Directive 2011/83/EU, not failing to look at how this process was translated into portuguese law, as far as the adoption of Directives is concerned, as well as the attempt, in vain, of adopting a portuguese Consumer Code.

In the midst of this, we look towards the relevance of some of the more controversial issues, as well as the merit of the solutions put forward by scholars and courts. Wrapping up, we look at the 2011 Directive as a sort of provisional result, where specific matters of major importance will be discussed, such as the trader's information duties and the right of withdrawal, side by side with its adoption by portuguese law with the DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, taking into account changes from previous law and potential terminological inconsistencies.

In the end, we strive to understand how much the current legal scenario might match the initial purposes set out by the EU, to understand why some of the initiatives were not as successful as they could have been, and to glean what is left of the EU's previous levels of ambition in this matter, so as to wonder what should be the way forward, using the good that came from this process and seeking to fix the remaining legal gaps. In doing so, one should not forget the Principles of European Consumer Law and the idiosyncrasy of this field of law, namely the conflict of legal systems in an heterogeneous community.

Sumário

Introdução

1: Fundamentos da protecção do consumidor na sociedade moderna

1.1. Conceito de consumidor

1.2. Transição do sistema liberal para a intervenção estatal

2: Intervenção legal europeia: causas, fundamentos e princípios

2.1. O movimento de "europeização"

2.2. Base legal para a intervenção europeia

2.3. Princípios do Direito Europeu dos Contratos

3: Quadro Comum de Referência

3.1. Origens e natureza

3.2. Conteúdo

3.3. Destino do QCR

4: Da Proposta de Directiva de 2008 ao Livro Verde

4.1. Contexto

4.2. Harmonização mínima ou máxima

4.3. Limites da harmonização máxima

4.4. O Livro Verde

4.4.1. Opção 4: instrumento opcional

4.4.2. Opções 5, 6 e 7

5: Um instrumento opcional

5.1. Âmbito de aplicação

5.2. Integração jurídica

5.2.1. 28º regime

5.2.2. 2º regime

5.2.3. 1º regime

5.2.4. Qual a solução?

5.3. A "escolha" no âmbito da CESL

5.3.1. Natureza opcional do diploma

5.3.2. Âmbito de aplicação

5.3.3. Exercício da escolha

5.3.4. Invalidade da escolha

6: A Directiva 2011/83/UE e sua transposição

6.1. Contexto

6.2. Âmbito de aplicação

6.3. O novo regime dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

6.3.1. Definição de contrato à distância

6.3.2. Definição de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial

6.3.3. Informações pré-contratuais

6.3.4. Direito de "retractação"/livre resolução

6.3.4.1. Contexto

6.3.4.2. Terminologia, características e qualificação

6.3.4.3. Razão de ser

6.3.4.4. Regime

6.4. Significado do diploma

Conclusão

Bibliografia

Abreviaturas

B2B - *Business-to-business*, ou contratos entre profissionais

B2C - *Business-to-consumer*, ou contratos entre profissionais e consumidores

CC - Código Civil

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE - Comunidade Económica Europeia

CESL - Common European Sales Law

CRP - Constituição da República Portuguesa

DCFR/CFR - Draft Common Frame of Reference e Common Frame of Reference

DDC - Directiva dos direitos dos consumidores (2011/83/UE)

DIP - Direito Internacional Privado

DL - Decreto-Lei

Ed. - Edição

LDC - Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96)

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OECE - Organização Europeia para a Cooperação Económica

PECL - Principles of European Contract Law

QCR - Quadro Comum de Referência (tradução de CFR)

RRI - Regulamento Roma I

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TRP - Tribunal da Relação do Porto

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

UE - União Europeia

Vol. – Volume

Introdução

A etimologia da palavra "Europa", deusa da mitologia grega que viria a originar o nome de um continente, reconduz-nos a uma ideia de visão apurada¹ ou de quem "vê longe"². Uma designação inspiradora, até mesmo confiante, para uma comunidade cuja história é tão atribulada. Talvez se justifique pelo facto de se tratar de um conjunto de culturas distintas que, com maior ou menor sucesso, tenta ultrapassar as suas diferenças e cooperar a um nível raramente visto noutros cantos do mundo. Talvez expresse uma ideia inalcançável, daí a referência a algo distante, que a visão capta mas as mãos não agarram.

Ambas as perspectivas servem para ilustrar, em sentido diferente, aquilo que tem sido o desenvolvimento do Direito Europeu, desde a instituição da OECE na convenção de Paris de 16 de Abril de 1948, passando pela criação da OCDE e a transição da CECA para a CEE, com os sucessivos alargamentos que nos trouxeram à actual União Europeia. Na busca da redução de fronteiras económicas, políticas e legais, esta civilização multicultural tem visado a aproximação das diferentes legislações nacionais, fazendo-o por Regulamentos ou Directivas, sob a égide de princípios que tentam acolher as orientações gerais de Direito dos Estados-Membros.

Um dos momentos decisivos da história da UE, no que toca à relação entre os direitos nacionais e o direito europeu, passa pelo conhecido Acórdão *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*, de 5 de Fevereiro de 1963, do TJUE, onde a aplicabilidade directa do direito comunitário foi defendida, dispensando a intervenção legislativa dos Estados-Membros para que as normas europeias fossem eficazes nas jurisdições nacionais. O tribunal não ficou por aí, e no Acórdão *Costa v Enel* de 15 de Julho de 1964, a defesa do primado do direito europeu passou pela consideração do ordenamento jurídico comunitário como uma "ordem jurídica própria", integrada na dos Estados-Membros, que criou "um corpo de direito aplicável" a eles e aos seus cidadãos. O raciocínio viria a ser reforçado no Acórdão *Simmenthal* de 9 de Março de 1978, onde se entendeu que a primazia do direito comunitário significa que as legislações nacionais não podem introduzir novas disposições legais que

¹ Do grego "olho(s)" + largo ou aberto.

² JOÃO MOTA DE CAMPOS, *Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 20.

sejam incompatíveis com as normas comunitárias. Esta linha orientadora é reflectida na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente no seu artigo 8º, que consagra estes princípios de recepção do Direito Internacional, incluindo, claro está, o de origem europeia³. E o n.º 2 deste artigo deve ser entendido no sentido de estender essa recepção ao Direito Internacional de origem convencional⁴, como os Tratados da UE.

Um dos objectivos procurados na evolução do Direito Europeu diz respeito ao funcionamento do mercado interno. O artigo 26º do TFUE diz-nos que o mercado interno "*compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias [...] é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados, e que a UE adopta as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento*". Esta matéria abrange uma área do Direito que se tem tornado primacial no século XX nas legislações nacionais e, no que toca ao Direito Europeu, particularmente na década de 90 e no seu novo milénio. Trata-se do Direito do Consumo ou Direito do consumidor, consoante a preferência terminológica.

Que ramo de Direito é este, e porquê a dualidade terminológica? Em favor da designação de Direito do consumidor⁵, temos a sua definição como um conjunto de princípios e regras destinados à protecção dos consumidores, disciplinando, assim sendo, "a produção e distribuição de bens e prestação de serviços tendo em vista a defesa do consumidor". Argumento teleológico, reforçado por um literal através do recurso aos artigos 60º, 80º e 99º da CRP, que fazem referência a direitos dos consumidores e à protecção destes. Por outro lado, alguma doutrina prefere delimitar o objecto deste ramo de Direito às situações jurídicas de consumo, como Carlos Ferreira de Almeida⁶, que considera "consumo" um conceito

³ Para uma análise da relação entre Direito Constitucional Português e o Direito Internacional, *vide* J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 359 e ss., PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 237-242, CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional - As instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 41-51.

⁴ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 402, onde o autor conclui peremptoriamente que "o direito internacional *prima* sobre o direito interno ordinário".

⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, FDUC, 2002, pp. 121 e ss.

⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 52. Na página anterior, afirma que a definição de consumidor não deve ser "determinante para demarcar o objecto do Direito do Consumo", por se tratar de uma "construção artificial e equívoca", o que explica a perspectiva focada na relação jurídica entre duas partes estabelecida através de um contrato de consumo, cuja definição dependerá do ordenamento jurídico em questão.

indeterminado cujo preenchimento "dependerá, em cada sistema jurídico e em cada época, das escolhas legislativas". Neste trabalho, opto pela designação de Direito do Consumo, por diversas razões. Por um lado, se é verdade que a consagração de direitos dos consumidores e a criação de normas que visem a protecção destes constituem o pilar deste ramo de direito, grande parte da legislação nesta matéria não contende apenas com a posição do consumidor enquanto tal⁷. Efectivamente, em particular no âmbito do Direito Europeu, o legislador tem demonstrado preocupação pela situação do profissional, na medida em que compreende que o mercado interno não será estimulado se, na busca da protecção desenfreada do consumidor, forem estabelecidas normas que actuem como obstáculos à actividade económica, mesmo que involuntariamente. A regulação neste ramo necessita de uma perspectiva holística, com a "relação de consumo"⁸ no seu núcleo. Trata-se de um jogo de forças em que se procura equilibrar o aumento da facilidade em realizar transacções de comércio, inclusivé a nível internacional, com a protecção da posição jurídica do consumidor, que carece de confiança e segurança, para aumentar o volume de compras de bens ou a procura de serviços. Assim sendo, este texto, apesar da primazia dada à posição do consumidor, não deixará de oferecer considerações a propósito dos profissionais e do mercado em geral, quando tal se demonstrar particularmente relevante.

Quais, então, os eventos ou processos legislativos de maior importância para o estudo do desenvolvimento deste Direito do Consumo? Já no tempo da OCDE tinha sido criada uma "Comissão para a política dos consumidores", com o objectivo de observar e descrever a situação dos consumidores nos diferentes Estados-Membros, cujos resultados foram publicados em 1972, um ano antes da Assembleia Consultiva do Conselho Europeu aprovar a Carta Europeia da Protecção do Consumidor (Resolução n.º 543, de 17 de Maio de 1973) e uma recomendação dirigida ao Conselho de Ministros, examinando a "possibilidade de aprovação duma Convenção Europeia sobre a protecção do consumidor"⁹. Uma nova resolução do Conselho, de 14 de Abril de 1975, teve como objecto a criação de um programa preliminar da CEE para uma política de protecção e informação dos consumidores.

⁷ Sobre a natureza deste direito, incluindo o tipo de normas que o integram, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da natureza civil do Direito do Consumo" in *O Direito*, Ano 136º, IV, 2004, pp. 633-634.

⁸ Conceito delimitado em diplomas analisados ao longo deste trabalho, com considerações especiais para a definição de consumidor, como elemento relevante, no ponto 1.

⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 36.

Eventualmente, a direcção tomada foi a de adopção de Directivas relativas a matérias específicas, tais como: a Directiva 85/374/CEE, referente à responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, a Directiva 85/577/CEE, uma primeira tentativa de regulação dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, a Directiva 93/13/CEE relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, entre outras. Como se pode ver, são medidas importantes mas relativamente modestas, delimitadas a matérias nucleares, que gradualmente tentaram aproximar as legislações dos Estados-Membros.

Com o novo milénio, virou-se uma nova página no Direito do Consumo, não só a nível Europeu, mas também nacional. Por um lado, a UE continuou a sua intervenção legislativa com diplomas como a Directiva 2005/29/CE, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores, mas, para além disso, iniciou uma fase mais ambiciosa da regulação do Direito Europeu do Consumo, com novos Planos de Acção, a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos do consumidor¹⁰, o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor¹¹, e a preparação de um Quadro Comum de Referência¹² a demonstrarem uma vontade de criação de um código europeu do consumo que se deparou com dificuldades e recuos. Quanto à lei portuguesa, o Anteprojecto de Código do Consumidor de 2006 marcou o acompanhamento, por parte do legislador nacional, da tendência europeia. Perante críticas, propostas rejeitadas e discussões doutrinárias, importa verificar aquilo que o Direito Europeu ganhou deste discurso legal dos últimos anos, o que poderá ter perdido, e aquilo que se pode perspectivar para o futuro, tendo em conta os actuais resultados.

¹⁰ Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores, Bruxelas, 8/10/2008, COM (2008) 614 final.

¹¹ Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor (apresentado pela Comissão), Bruxelas, 8/2/2007, COM (2006) 744 final.

¹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: O direito europeu dos contratos e a revisão do acervo; o caminho a seguir, Bruxelas, 11/10/2004, COM (2004) 651 final.

1

Fundamentos da protecção do consumidor na sociedade moderna

1.1. Conceito de consumidor

Sendo a protecção do consumidor¹³ um dos pilares do Direito do Consumo, para que se compreenda as considerações legais e doutrinárias a propósito deste objectivo importa, primeiro, delimitar o que será um consumidor, isto é, proporcionar uma ideia daquilo que será o âmbito subjectivo dos diplomas legais que versem sobre o tema, em regra referido na própria Lei, nacional ou europeia.

O legislador nacional tem vindo a fornecer formulações do que é um consumidor em vários diplomas sucessivos, nomeadamente em virtude da transposição de Directivas Europeias, com conteúdos parcialmente sobrepostos. Já na Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, lia-se no seu artigo 2º que "*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica*", redacção que se manteve maioritariamente intacta no artigo 2º da Lei de defesa do consumidor (Lei n.º 24/96)¹⁴. Note-se que as variações ao nível das definições encontradas prendem-se, ocasionalmente, com a referência ao âmbito objectivo (por exemplo, o tipo de contratos em questão¹⁵) e/ou à contraparte ("profissional", "pessoa singular ou colectiva", etc), demonstrando a importância da natureza da relação jurídica concreta para uma qualificação correcta.

No entanto, encontra-se uma situação peculiar no Anteprojecto de Código do Consumidor¹⁶, onde o artigo 13º prevê uma extensão à definição tradicional de consumidor de modo a abranger pessoas colectivas ou pessoas singulares que actuem no âmbito da sua

¹³ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da natureza civil do Direito do Consumo" ..., p. 606, para uma justificada opção por "consumador" em vez de "consumidor".

¹⁴ Com a distinção entre *fornecimento* de bens e *prestação* de serviços. Para esclarecimentos sobre a terminologia, vide PAULO DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor", in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXV, Universidade de Coimbra, 1999, pp. 652-653, nota 5. Relativamente à possibilidade de os bens ou serviços serem destinados a finalidades mistas, pp. 678-679 da mesma obra, onde se adopta o critério da designação predominante.

¹⁵ Artigo 2º n.º 1 da LDC.

¹⁶ COMISSÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, *Código do consumidor: Anteprojecto*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 2006.

actividade profissional, *"se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade"*. Pode-se questionar, em parte, a inovação de tal disposição, na medida em que se poderia, eventualmente, retirar um sentido semelhante da definição legal já transcrita no parágrafo anterior na medida em que esta menciona *"todo aquele"*, ao invés de especificar o tipo de pessoa em questão. Seja como for, o Acórdão de 11/09/2008 do TRP¹⁷ elaborou algumas considerações importantes sobre esta questão. Por um lado, recorre ao artigo 2º da LDC como ponto de partida para a definição de consumidor, mas defende também que esta sofre de "algumas imprecisões e insuficiências" e que deve ser complementada com "elementos de cariz sociológico". Isto, em referência a situações em que a protecção se deve estender a um profissional, apontando o exemplo de "pequenas empresas" que adquiram de "grandes empresas" bens ou serviços para a sua actividade económica, sendo possível argumentar que aquela se encontra numa posição de "desequilíbrio e de submissão aos meios de produção", para além da "ausência de um real poder de negociação". Acaba por concluir que a análise feita deve ser casuística, tendo em conta não só o fim do bem adquirido mas também o ramo de actividade do profissional e os seus conhecimentos específicos.

Mais tarde, o STJ, em Acórdão de 20/10/2011¹⁸, pareceu entender que estava implícita a delimitação do conceito a pessoas singulares, afastando a interpretação extensiva do mesmo. Porventura, o alargamento era bem intencionado, com base nos fundamentos teóricos que suportam a necessidade de protecção da parte mais vulnerável numa transacção (portanto, em nome da equidade), mas parece ter sido abandonado¹⁹ (tal como o próprio Anteprojecto) a favor de uma orientação em linha com a doutrina e as Directivas Europeias²⁰, ou seja, a do conceito restrito de consumidor. Isto é visível em dois dos mais recentes diplomas do Direito do Consumo; por um lado a Directiva 2011/83/UE (artigo 2º n.º 1) e, por outro, o DL n.º

¹⁷ Relator: Fernando Baptista, processo n.º 0834643, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸ Relator: Moreira Alves, processo n.º 1097/04.0TBLLE.E1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁹ Este conceito alargado é, ainda assim, defendido em LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência: acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.4.2007, Agravo 65/03", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2008, pp. 3-29. Em PAULO DUARTE, "O conceito jurídico de consumidor...", p. 662-665, é explicado também porque não se deve cair na armadilha de crer que apenas as pessoas singulares são susceptíveis de "padecerem de debilidade contratual que justifica o tratamento legislativo privilegiado do consumidor". A extensão não perdeu, pois, o apoio da doutrina.

²⁰ Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Compra e venda de coisas defeituosas*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 112.

24/2014 de 14 de Fevereiro (artigo 3º, alínea c)), onde se dá continuidade ao pensamento referido em primeiro lugar, da pessoa singular que actua com fins que não se integram na sua actividade profissional²¹. No entanto, não acredito que a discussão deva ficar por aqui, tendo em conta o mérito das ideias expostas no Acórdão do TRP e da justificação, devidamente defendida, da extensão do conceito. Estes argumentos deverão ser ponderados, caso um Código do Consumo/Consumidor português volte a ser considerado e esta definição seja, inevitavelmente, analisada mais uma vez.

1.2. Transição do sistema liberal para a intervenção estatal

Mas como, e porquê, se chegou a este ponto de protecção do consumidor? O que justifica a alçada legal, ao invés de outros mecanismos? João Calvão da Silva lembra que "para o liberalismo, a concorrência era a melhor protecção do consumidor"²². A competição no mercado asseguraria os interesses do mesmo, no que toca à guerra de preços e melhorias na qualidade dos bens. Mas o "aparecimento de formas de mercado monopolista e oligopolista tornaram mais débil a posição do consumidor", numa sociedade de consumo que "tem ao seu dispor bens que excedem as suas reais necessidades"²³.

Tendo o Direito que se adaptar às transformações da sociedade de modo a manter-se eficaz e alcançar os objectivos traçados pelo legislador, afigura-se que a regulação comum do Direito Civil não será capaz de acompanhar as alterações nas relações entre profissionais e consumidores²⁴. Perante esta necessidade, contempla-se três diferentes modelos de

²¹ Para considerações adicionais sobre a estrutura do conceito, *Vide* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 29; para a discussão sobre a dificuldade em averiguar se o uso destinado ao bem é profissional, não profissional, ou misto, *vide* FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 88 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Caveat venditor*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 273.

²² JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 33 e seguintes.

²³ *Idem*, *ibidem*.

²⁴ [...] "o desaparecimento da relação de confiança que os unia - a multiplicação de redes de distribuição e a massificação dos contratos despersonalizam as relações económico-jurídicas. [...] Pensado numa perspectiva liberal, desenvolvido sobre a lógica dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual, da igualdade jurídica para regular trocas individuais, o livre jogo da concorrência e do não intervencionismo, não poderia agora, nas novas realidades necessidades da época, disciplinar adequadamente uma produção de distribuição de massas e uma contratação impessoalizada e estandardizada". JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil...*, p. 37.

protecção²⁵: o da autotutela, em que os consumidores defendem os seus interesses de forma organizada; e os que inserem na categoria de heterotutela, como o do controlo administrativo, onde organismos do Estado se encarregam da tutela, e o do controlo judicial, o modelo mais comum, onde a tutela cabe aos tribunais, que aplicarão quer regras gerais, quer regras especiais, para solucionar os litígios que surjam nas relações de consumo. Estes dois últimos modelos mostram a preponderância do papel dos Estados neste "novo" Direito do Consumo. E é através da actividade do legislador que, na via do modelo judicial, a protecção do consumidor tem sido procurada. Como veremos mais à frente, isto não se cinge aos legisladores nacionais, tendo grandes reflexos no Direito Europeu.

Resta saber até que ponto esta intervenção deve existir, qual a sua eficácia e seus limites. Ainda mais do que isso, resta também apurar a aplicabilidade das tentativas ou aspirações europeias perante uma realidade mais complexa do que a que se pode imaginar.

2

Intervenção legal europeia: causas, fundamentos e princípios

2.1. O movimento de "europeização"

Com os Estados, influenciados pelas iniciativas da EU, a estabelecerem regras de consumo, não é surpresa que se façam sentir novos movimentos legais no domínio europeu, à medida que a União Europeia tem procurado harmonizar o corpo de leis aplicável a matérias relacionadas. A expressão "europeização" tem sido utilizada²⁶ para descrever tal fenómeno, mas importa salientar que a interpretação do conceito não é uniforme.

Desde logo, pode pensar-se que diz respeito à infiltração de regras europeias nas próprias leis nacionais²⁷. Ou que se trata de algo muito próximo da harmonização europeia, entendida como a introdução de regras comuns nos diferentes Estados-Membros, sentido escolhido por

²⁵ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil...*, pp. 50-55.

²⁶ TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of contract law: current controversies in law*, London, Routledge, 2013, p. 2.

²⁷ LUCINDA MILLER, "The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization", in *Oxford Studies in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 2.

Twigg-Flesner²⁸ e que mais se parece adequar aos recentes eventos no campo da legislação europeia. Ainda assim, o mesmo autor denota que o conceito abrange também o movimento de convergência europeia, ou seja, a existência de aspectos particulares semelhantes em diferentes jurisdições. Portanto, convergência e harmonização funcionam em conjunto para a introdução de regras *comuns* entre os Estados-Membros.

Nesse processo distingue-se uma primeira fase²⁹ onde as legislações nacionais são adaptadas de modo a estarem conformes com o Direito Europeu, nomeadamente através da transposição de Directivas. Isto significa que nos encontramos, ainda segundo Twigg-Flesner³⁰, perante vinte e sete leis nacionais semelhantes mas não equivalentes, ao invés de um único corpo legislativo de dimensão europeia.

Já a segunda fase³¹ terá tido início, em teoria, na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos³², com a apresentação de quatro opções, para o futuro da regulação da matéria em questão, a nível Europeu, sendo que estas recolheram apoio e críticas a vários níveis³³. Antes de explorar o que efectivamente aconteceu e o que foi adoptado numa fase posterior, importa responder a uma questão prévia: qual o fundamento legal que permite ao legislador europeu seguir esta via de regulação?

2.2. Base legal para a intervenção europeia

Para chegarmos à legitimação da intervenção europeia ou da dita europeização, a doutrina tem-se socorrido, essencialmente, do TFUE. Aqui, o foco central é o artigo 114º, onde a grande dúvida se prendeu com o seu âmbito de aplicação. Qual a dimensão da competência em questão e quais os seus limites? Ora, esta disposição estabelece uma conexão com o artigo 26º, que traça o objectivo de assegurar o funcionamento do mercado interno. Pergunta-se qual o nível de exigibilidade que se deve aplicar a esta conexão para que a intervenção legal seja fundamentada perante o TFUE. Quanto a isto, o TJUE pronunciou-se (ainda que a propósito

²⁸ TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 3.

²⁹ TWIGG-FLESNER, ob. cit., pp. 19 e 20.

³⁰ *Idem*, p. 20.

³¹ *Idem*, p. 20.

³² Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o direito europeu dos contratos, Bruxelas, 11/07/2001, COM (2001) 398 final.

³³ *Vide* ponto 4.

de uma versão anterior do Tratado) num caso de 2000³⁴, onde defendeu que "*Interpretar este artigo no sentido de que o mesmo atribui ao legislador comunitário uma competência geral para regulamentar o mercado interno seria não só contrário ao próprio teor dos artigos referidos*³⁵ [...] *mas igualmente incompatível com o princípio segundo o qual as competências da Comunidade são competências de atribuição.*"

Portanto, está em questão o princípio da atribuição, ou da especialidade, segundo o qual a UE não dispõe de competência geral, mas sim de competências atribuídas pelos Tratados³⁶. Assim sendo, qualquer medida que a UE pretenda adoptar a respeito de matérias relacionadas com o mercado interno não pode apresentar uma ligação ténue com este mesmo; isto é assim, se nos socorrermos do artigo 114º como base legal para tal³⁷.

A conclusão a que se chega não é inteiramente esclarecedora³⁸; por um lado, este artigo será suficiente, em regra, para legitimar uma intervenção cujo objectivo e escopo apresente uma ligação forte com o mercado interno europeu. Mas será que nos casos em que tal não acontece, a UE não tem competência? Não se trata de um limite absoluto. A UE tem beneficiado de vias que expandiram as suas competências; desde logo, a utilização do artigo 352º do TFUE³⁹, mas também da aplicação do princípio das competências implícitas⁴⁰. Para além disso, procurou-se outros artigos que pudessem auxiliar as iniciativas pretendidas pela UE.

Vejamos o artigo 169º do TFUE⁴¹, que versa, em particular, sobre a defesa dos

³⁴ *Germany v Parliament and Council* (C-367/98).

³⁵ Essencialmente, o actual artigo 5º do Tratado da União Europeia.

³⁶ Artigo 5º, n.º 1, do Tratado da União Europeia; *Vide* JOÃO MOTA DE CAMPOS, ob. cit., p. 277.

³⁷ TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 32.

³⁸ Ainda assim, no que toca a um eventual Regulamento que discipline o direito da compra e venda, *vide* CHRISTIAN VON BAR, "Concorrência entre as Ordens Jurídicas e 'Law Made in Germany'", in *Julgar* n.º 17, 2012, onde o autor afirma não ter dúvidas de que o artigo 14º do TFUE é uma base adequada para essa iniciativa, por resultar, não num verdadeiro Direito Europeu, mas sim em "direitos nacionais de compra e venda, que mantêm o seu âmbito de aplicação conforme o Regulamento Roma I".

³⁹ JOÃO MOTA DE CAMPOS, ob. cit., p. 301: "*Mas as competências explicitamente atribuídas e os meios de acção conferidos às Instituições não seriam certamente suficientes para lhes permitir realizar plenamente as missões ou objectivos enunciados [...] Com o artigo 352º teve-se precisamente em vista facultar-lhes esses meios...*". Trata-se de um *acto jurídico unilateral*, desde que respeitadas as formalidades exigidas no preceito.

⁴⁰ JOÃO MOTA DE CAMPOS, ob. cit., pp. 278 e 302-304. O autor recorre a jurisprudência internacional para explicar que "*devem considerar-se atribuídos a uma organização internacional todos os poderes que, embora não expressamente reconhecidos na respectiva carta constitutiva, são indispensáveis ao pleno exercício das suas atribuições.*"

⁴¹ TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 36, lembra que este artigo 169º deve ser lido em conjunção com o artigo 12º.

consumidores. Aqui, o problema reside no facto de o seu âmbito estar estreitamente ligado ao já referido artigo 114º, segundo o n.º 2 a) do artigo 169º. Ou seja, isoladamente, não é um fundamento legal satisfatório, na medida em que se refugia na aplicação de outro que, já por si, contém algumas limitações. Ao ponto de, segundo Twigg-Flesner, apenas uma Directiva ter sido adoptada com base neste artigo⁴².

Não restam muitas possibilidades. Parece ser notório que, pelo menos até eventuais evoluções, a base legal fundamental será o artigo 114º, incluindo as suas limitações. Isto significa que a harmonização/europeização em questão terá que obedecer a essas restrições, o que deverá ter sido em conta quando se considera hipóteses para o futuro do Direito Europeu dos Contratos.

2.3. Princípios do Direito Europeu dos Contratos

Para além da legitimação legal, importam também, no que toca à elaboração de novos diplomas, os princípios que regem estas matérias de Direito Europeu. Agem como directrizes da regulação europeia, impelindo o legislador por vias que, desejavelmente, serão conformes a princípios nacionais geralmente aceites (ainda que a aceitação universal seja discutível, como veremos *infra*).

Assim é o caso dos PECL⁴³, um corpo de princípios, como os da boa fé, liberdade contratual, proibição de cláusulas abusivas, liberdade de forma, deveres das partes (informação, cooperação, etc), entre outros. À primeira vista, dir-se-ia que os PECL não apresentam muitas inovações em comparação com os princípios presentes no direito privado português. Ficaríamos tentados a pensar que não há muito a acrescentar à já extensa doutrina portuguesa nesta matéria, mas a situação real está longe de ser assim tão simples. O problema reside na interpretação dada a cada princípio, devido à diferente cultura legal europeia. Deparamo-nos com significados distintos dos diferentes princípios nas várias jurisdições. Whittaker⁴⁴ avança o exemplo da dualidade do princípio da liberdade contratual. Por um lado,

⁴² Directiva 98/6/CE, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores. *Vide* TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 37.

⁴³ *Principles of European Contract Law*, disponível para consulta em <http://www.trans-lex.org/400200> (09/12/2014), de criação doutrinal orientada pela ideia de um Direito Europeu dos Contratos uniforme.

⁴⁴ SIMON WHITTAKER, "The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract", *in*

assinala a visão deste como um princípio de carácter predominantemente económico, onde o "papel do Direito consiste em assegurar que as instituições legais e comerciais estão organizadas de forma a suportar um mercado livre e aberto, e onde a sua função contratual essencial reside em facilitar as transacções comerciais"⁴⁵. Por outro lado, temos a visão que liga este princípio à vontade das partes, a interpretação da Europa continental. É a perspectiva voluntarista expressa na ideia de autonomia contratual⁴⁶.

O que foi dito apenas toca levemente no cerne do problema, sendo que semelhantes complicações se verificam no entendimento dado a outros princípios. Mas isto não significa que o tema tenha sido abandonado ou esquecido. Na verdade, temos ainda, para além dos PECL, os *Acquis Principles*, elaborados pelo Acquis Group⁴⁷. Trata-se, em certa medida, de uma revisão dos PECL que procurou ter em conta o acervo contratual europeu. Este trabalho do Acquis Group teve por base a assunção⁴⁸ de uma interpretação autónoma do corpo de princípios, sem recorrer a pontos de vista individuais dos Estados-Membros, mas sim isolada destes. No entanto, tal tarefa não parece ser fácil. É que os instrumentos europeus sobre a matéria são criados a partir dos desenvolvimentos doutrinários e judiciais, nomeadamente no que toca às Directivas europeias. Por esse motivo, "a autonomia conceptual e intelectual do Direito Privado Europeu é de natureza duvidosa"⁴⁹. Neils Jansen e Richard Zimmermann⁵⁰, avançam o princípio da liberdade de forma como um exemplo, realçando a dificuldade em vislumbrar a base legal desse mesmo princípio, na medida em que o acervo europeu tem sido permeado de formalismo⁵¹ ("*renaissance* da forma" são as palavras utilizadas), o que parece indicar que essa autonomia conceptual e intelectual é, pelo menos por agora, impraticável.

European Review of Contract Law, Setembro de 2011, Vol. 7 n.º 3, pp. 373-375.

⁴⁵ SIMON WHITTAKER, ob. cit., p. 373, tradução minha.

⁴⁶ SIMON WHITTAKER, ob. cit., p. 374.

⁴⁷ European Research Group on existing EC Private Law (<http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de> - consultado em 12/11/2014).

⁴⁸ NEILS JANSEN e RICHARD ZIMMERMANN, "Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the Principles of the Existing EC Contract Law", in *Modern Law Review*, Julho de 2008, Vol. 71 n.º 4, p. 516.

⁴⁹ NEILS JANSEN e RICHARD ZIMMERMANN, ob. cit., p. 517.

⁵⁰ *Idem*, ob. cit., pp. 517-518.

⁵¹ Vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 88, onde o autor defende que "no apogeu do liberalismo" o formalismo não era raro, e que portanto não se trata de uma novidade; novidade, isso sim, será a "percepção legislativa de que a confiança dos consumidores é indispensável para o crescimento económico, daí que agora, milhões de pequenos negócios de consumo passassem a merecer cautelas equivalentes às que antes estavam reservadas às doações e a negócios importantes".

Ainda no que toca a princípios de Direito europeu, temos considerações importantes no QCR, o qual será analisado mais profundamente no ponto seguinte. Trata-se de uma extensa obra que contende com os problemas que acabamos de analisar, entre outros textos, inspirada nos PECL⁵².

3

Quadro Comum de Referência

3.1. Origens e natureza

Em 2004⁵³, pretendendo ilustrar o caminho a seguir no que toca ao Direito Europeu dos Contratos, o que teria sempre reflexos a nível do consumo, a Comissão estabeleceu linhas para o desenvolvimento do *Common Frame of Reference*, ou Quadro Comum de Referência, salientando a necessidade de "melhorar a qualidade e coerência do acervo" (em particular, o relativo à defesa do consumidor) e de simplificação do mesmo. Segundo a própria Comissão⁵⁴, o QCR "*estabelecerá definições claras de conceitos jurídicos, enunciará princípios fundamentais e apresentará modelos coerentes de regras do direito dos contratos inspirados no acervo comunitário*". Isto, em nome dos objectivos de "*aumentar a confiança dos consumidores e das empresas no mercado interno, através de um elevado nível de defesa do consumidor, da eliminação de obstáculos ao mercado interno e da simplificação da legislação*".

Duas das ideias expressas pela Comissão, acima indicadas, marcam presença comummente em qualquer documento referente a esta matéria: o nível de defesa do consumidor e a eliminação de obstáculos ao mercado interno. Parece ser este o núcleo comum das iniciativas referentes ao movimento de europeização referido anteriormente. Na verdade, existem algumas indicações da correlação entre uma coisa e outra, sendo que a defesa do consumidor aumenta a sua confiança no mercado, o que por sua vez fomenta as transacções,

⁵² TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 158.

⁵³ Comunicação da Comissão..., COM(2004) 651 final.

⁵⁴ COM (2004)..., cit., pp. 3-4.

e, por outro lado, a redução de obstáculos legais contribuirá para o mesmo objectivo.

Ainda que tenha sido ponderada a possibilidade de conferir força vinculativa ao produto final, a tendência foi a de considerar o QCR um instrumento não vinculativo⁵⁵, vulgarmente designado pela expressão anglo-saxónica de *soft law*. Assim sendo, como pode cumprir o seu papel, ou pelo menos contribuir eficazmente para os objectivos enunciados? A resposta poderá ser a sua utilização como uma "caixa de ferramentas"⁵⁶, capaz de guiar futuras alterações legislativas⁵⁷ e auxiliar na interpretação da lei⁵⁸, tendo em conta o problema, já referido, das diferentes culturas legais. E foi com esse ânimo que o projecto avançou.

3.2. Conteúdo

A versão definitiva⁵⁹ do QCR foi dada a conhecer ao público em 2008 e contém princípios, definições e regras gerais do Direito Privado Europeu.

No parágrafo 10⁶⁰, adverte-se para a susceptibilidade de diferentes interpretações de alguns conceitos, sem excluir o conceito de "princípio". Dificuldade exarcebada pelo facto de as Comunicações da Comissão não versarem sobre esta matéria. O QCR refere que "princípio" pode ser um sinónimo de regra sem força vinculativa, como acontece no caso dos PECL⁶¹, e que o mesmo será verdade no contexto do QCR.

O documento, no parágrafo 15⁶², agrupa os princípios em quatro categorias: liberdade, segurança, justiça e eficiência. Segue-se um breve resumo das considerações aí feitas⁶³ a propósito dos princípios aí inseridos.

⁵⁵ COM (2004)...., cit., parágrafo 2.1.3..

⁵⁶ TWIGG-FLESNER, ob. cit., p. 156.

⁵⁷ *Idem*, p. 159.

⁵⁸ *Idem*, p. 160. O autor destaca que, com o QCR, os Estados-Membros podem verificar como as disposições da Directiva se relacionam com outras áreas do direito contratual, o que por sua vez permite compreender se algumas das disposições nacionais divergem da posição adoptada no QCR.

⁵⁹ Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition - Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Sellier, 2009. Versão consolidada disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, consultada em 15/11/2014.

⁶⁰ DCFR Outline Edition, p. 9.

⁶¹ Artigo 1:101 PECL.

⁶² DCFR..., p. 13.

⁶³ DCFR..., pp. 61 e ss..

- A **liberdade** no direito contratual deve ser salvaguardada evitando, ou reduzindo, disposições imperativas; pode ser promovida ao melhorar as possibilidades de acção das partes, ou seja, eliminando obstáculos à realização de transacções.
- Em regra, a autonomia privada deve ser respeitada, a menos que haja fundamento sólido para intervir. Geralmente, tais motivos derivarão da necessidade de proteger a parte mais fraca ou vulnerável.
- São mencionados desvios reconhecíveis do nosso direito, como a questão dos vícios do consentimento e limites respeitantes a terceiros e à ordem pública.
- É dado destaque aos deveres de informação necessários para tomar uma decisão esclarecida, com aplicação essencial nos contratos B2C.
- A desigualdade no poder de negociação é avançada como uma das causas de necessidade de intervenção
- Por outro lado, estabelece que essa intervenção deve ser minimalista, devendo-se fazer apelo ao princípio da proporcionalidade.
- Quanto à **segurança** temos a força vinculativa dos contratos (ainda que sujeita à mudança significativa das circunstâncias que demonstrem a perda objectiva do interesse de uma das partes), os deveres derivados de lealdade contratual (cooperação, informação, etc), e o *faveur pour le contrat*, segundo o qual, perante questões de validade e interpretação, dá-se prevalência à orientação que favoreça a manutenção do contrato ao invés da sua invalidade total.
- No âmbito do QCR, a **justiça** gira em torno da salvaguarda do tratamento igual (ou não discriminação), da actuação segundo a boa-fé, da protecção da parte mais vulnerável e da responsabilidade por danos.
- Relativamente à **eficiência**, temos uma conexão com o princípio da liberdade de forma, na ideia de que deve ser mantida a um nível mínimo a intervenção no que toca a requisitos formais e procedimentais, para facilitar e promover transacções. O que se estende também aos requisitos substantivos dos contratos⁶⁴; estes devem ser, da mesma forma, evitados. Mais; é reconhecida a possibilidade de produção de efeitos em terceiros, assim como

⁶⁴ II.-4:101 do DCFR afirma que o contrato é concluído, sem outras exigências, se as partes manifestarem vontade de criarem uma relação legal vinculativa entre si e atingirem um acordo "suficiente" sobre essa mesma.

a de obrigações unilaterais vinculativas (II.-1:03(2)) e de mecanismos contra o não cumprimento (III.-3:712).

3.3. Destino do QCR

A dificuldade em apontar com precisão o papel e a utilidade do QCR no Direito Privado Europeu actual reside no facto de a legislação nesta matéria ter dado voltas, com avanços e retrocessos ao longo dos anos. Na verdade, Twigg-Flesner⁶⁵ afirma que a versão final do documento foi para além das intenções iniciais, o que se torna duplamente problemático se tivermos em conta que os objectivos do Plano de Acção sofreram alterações. Com o Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor⁶⁶, as atenções viraram-se para a realização de um instrumento opcional, que acabaria por culminar na CESL⁶⁷.

Então, que futuro para o QCR? Teoricamente, o que acabou de ser dito, não prejudica o recurso à obra como a referida "toolbox", ou caixa de ferramentas, como um meio de aproximar as interpretações realizadas pelos aplicadores de Direito nos diferentes Estados-Membros, no que toca à legislação europeia dos contratos⁶⁸. Aqui, voltamo-nos a deparar com o problema das diferentes culturas legais e da disparidade ou dualidade de significados das mesmas palavras. O QCR tenta, em diversos momentos, resolver essa questão ao definir os conceitos usados. Veja-se, por exemplo, o artigo 1.-1:103 referente à boa fé, descrita como "conduta caracterizada pela honestidade, cooperação e consideração pelos interesses da outra parte"⁶⁹. Para além disso, procura também uma delimitação negativa, ao exemplificar como condutas contrárias à boa fé a inconsistência dos actos de uma parte em relação às suas afirmações anteriores, quando seja expectável que a outra parte possa razoavelmente confiar nestas mesmas.

Aqui temos uma demonstração da utilidade do QCR como uma caixa de ferramentas, ao esclarecer aquilo que o Direito Europeu dos Contratos querera dizer quando se referir a boa fé. No entanto, o problema não acaba aí. Por um lado, o que nos é apresentado aqui é *uma*

⁶⁵ ob. cit., p. 175.

⁶⁶ Livro Verde..., cit., COM (2006), 744 final.

⁶⁷ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum de compra e venda, COM (2011) 635 final.

⁶⁸ Verifica-se um recurso desse tipo no Considerando 28 da Directiva 2011/7/UE relativa aos atrasos de pagamento nas transacções comerciais.

⁶⁹ Tradução minha.

solução; apenas uma, e que, dada a falta de força vinculativa, poderá facilmente não ser aceite universalmente. Por outro lado, e consequentemente, a premissa da tentativa de "harmonização" de interpretações por parte do QCR é vulnerável, na medida em que passa por cima destas barreiras legais e assume (pelo menos, para a sua plena eficácia) a aceitação por parte dos Estados-Membros, o que se verifica mais no plano ideal do que no prático.

Ainda assim, isto não significa que o QCR está automaticamente desprovido de utilidade. Sendo uma obra extensa e desenvolvida, terá sempre valor académico. Para além disso pode também ser utilizado como um ponto de partida para futuros diplomas europeus e alterações legislativas a nível nacional, o que poderá, gradualmente, facilitar a tarefa de aproximação das interpretações legais, na medida em que as próprias normas podem seguir as orientações delineadas no QCR.

4

Da Proposta de Directiva de 2008 ao Livro Verde

4.1. Contexto

Em 2008 foi apresentada a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores⁷⁰. Visou a revisão do acervo europeu na matéria partindo da revogação de Directivas anteriores⁷¹, objectivo justificado na Exposição de Motivos pelo facto dos diplomas a revogar preverem cláusulas de harmonização mínima, o que permite os Estados-Membros adoptarem regras mais estreitas. Ainda segundo esse texto, a opção por esse tipo de cláusulas de harmonização mínima resultou na fragmentação do quadro normativo europeu. Assim sendo, a proposta procurou reduzir esse efeito, por se acreditar que os custos suportados para cumprir este "acervo fragmentado" constituíam um obstáculo ao comércio transfronteiriço.

Em 2007, o Parlamento Europeu já tinha expressado preferência por uma directiva horizontal baseada numa harmonização total, e esta Proposta escolheu esse caminho,

⁷⁰ Proposta de Directiva..., cit., COM (2008) 614 final. Saliento que ainda não passa de uma *Proposta*.

⁷¹ Artigo 47º da Proposta de Directiva 2008.

tencionando substituir as referidas Directivas por um texto único consolidado⁷². Mas esta questão da harmonização, mínima ou total, é controversa e originou críticas duras.

4.2. Harmonização mínima ou máxima?

A utilização de cláusulas de harmonização mínima, como já foi dito, permite alguma margem de manobra por parte dos Estados-Membros, o que leva à existência de regras distintas nas legislações nacionais e, portanto, a um quadro normativo "fragmentado". Mas até que ponto será isto um verdadeiro obstáculo ao mercado interno, conforme o raciocínio da Proposta?

Até recentemente, parecia não existir suficiente prova empírica⁷³ para concluir que a diversidade legal tem um efeito negativo relevante no número de transacções transnacionais, mas os Eurobarómetros 320 e 321⁷⁴, de 2011, reflectem a preocupação dos agentes económicos relativamente a essa diversidade legal e as dificuldades que ela provoca nas relações transnacionais, ainda que não sejam o único problema. Gerhard Wagner⁷⁵ até sugere que factores como a linguagem, cultura, distância e diferenças técnicas parecem ter maior peso a determinar o aumento de transacções nacionais em relação às transnacionais. Já Jan Smits⁷⁶ defende que a nível da legislação, será o Direito Processual e o Direito Fiscal a terem relevância nas decisões de transacção quando existir disparidade/fragmentação⁷⁷. As partes procuram facilidade nessas duas áreas, e a redução das diferenças das normas nesses campos poderá contribuir para aumentar as transacções transnacionais mais do que regras substantivas de protecção do consumidor, que por um lado poderão ser menos atractivas para o profissional, e que, por outro, podem não contribuir para a facilidade de negociação caso o

⁷² MARIA RAQUEL GUIMARÃES, "A compra e venda 'transnacional' de bens de consumo - Algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas", in *Revista Electrónica de Direito* n.º 1, Junho de 2013, disponível em <http://www.cije.up.pt/content/compra-e-venda-transnacional-de-bens-de-consumo-algumas-reflexões-sobre-impinentes>

⁷³ Vide JAN SMITS, "Full harmonisation of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights", *European Review of Private Law*, 2010, vol. 18 n.º 1, p. 8.

⁷⁴ Flash EB Series #320 European Contract Law Business-to-Business Transactions (2011) e Flash EB Series #321 European Contract Law in consumer transactions (2011), respectivamente.

⁷⁵ GERHARD WAGNER, "The economics of harmonisation: The case of contract law", *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39 n.º 5, pp. 995-1024.

⁷⁶ JAN SMITS, ob. cit., p. 8.

⁷⁷ Nos Eurobarómetros 320 e 321, foram expressas semelhantes preocupações pelos inquiridos.

mesmo tipo de aproximação não exista a nível Fiscal ou de direito adjectivo.

Assim sendo, parece que a conotação negativa por vezes atribuída à harmonização mínima não será inteiramente razoável. Quanto muito, poderá ser inadequada em algumas áreas mais sensíveis ou onde provoque grandes dificuldades práticas, como no Direito Processual, mas já no que toca às normas substantivas de protecção do consumidor, a fragmentação legislativa será, no máximo, um obstáculo menor relativamente a outros factores já referidos. Jan Smits⁷⁸ diz-lo de forma categórica; a lei com que os consumidores têm que lidar é a lei nacional que resulta da transposição das Directivas, não os diplomas europeus. E ao nível nacional, a lei do consumo é apenas uma parte da legislação relevante nas relações de consumo, não representando todo o corpo de normas relevantes para o bom funcionamento do comércio. Isto é exarcebado pelo facto de os Estados-Membros poderem manter regras que lidam com matérias semelhantes mas têm uma base legal distinta das Directivas⁷⁹, diminuindo a utilidade de um "código europeu do consumidor", ou pelo menos, a sua eficácia.

Como explica Jan Smits⁸⁰, isto não significa que a harmonização máxima seja incapaz de conduzir a uniformidade de lei; simplesmente, esta será limitada a certas áreas. Ou seja, dificilmente abrangerá todo o acervo relevante para as relações de consumo. Consequentemente, a preferência por esse método ao invés da harmonização mínima é discutível, pelo fato de tanto uma via como a outra serem capazes (ou incapazes, consoante a qualidade do diploma) de atingir os mesmos objectivos, desde que outros factores relevantes sejam tidos em conta e trabalhados em conjunção com a harmonização realizada.

4.3. Limites da harmonização máxima

Já vimos que a Proposta escolheu a via da harmonização máxima, claramente expressa no seu artigo 4º. Para além dos problemas suscitados anteriormente, a visão de harmonização máxima presente no diploma conduziu a críticas específicas. Vanessa Mak⁸¹ aponta o dedo à

⁷⁸ *Idem*, p. 9.

⁷⁹ VANESSA MAK, "Review of the Consumer Acquis: Towards maximum harmonisation?", in *European Review of Private Law*, 2009, vol. 17 n.º 1, pp. 59-60.

⁸⁰ JAN SMITS, ob. cit., p. 10.

⁸¹ VANESSA MAK, "The degree of harmonisation in the proposed consumer rights directive: a review in light of liability for products", p.4, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358013 (última consulta em 30/12/2014), também disponível em *Modernising and Harmonising Consumer Contract*

perspectiva estreita da Comissão, cuja abordagem à harmonização está limitada às questões particulares que aquela acredita constituírem barreiras ao comércio transnacional. Como vimos *supra*, isto significa que a iniciativa não abrange todo o corpo legislativo nacional relevante para as relações de consumo. A mesma autora ataca a Proposta por esta não ter em consideração as próprias restrições da harmonização máxima que procura atingir. É que esta será sempre limitada ao âmbito de aplicação da Directiva, o que permite aos Estados-Membros a adopção ou manutenção de normas pertinentes ao direito do consumo que derrotem o propósito do diploma⁸².

Ilustrando este problema, temos o caso *Skov v Bilka*⁸³, a propósito da responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos à luz da Directiva 85/374/CEE. Esta, no seu segundo considerando, estabelecia que a responsabilidade não culposa do produtor era "*o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna*", e no artigo 1º que "*o produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto*".

A questão prejudicial residia em saber se a Directiva se opunha a uma regra nacional que transferisse a responsabilidade objectiva do produtor para o fornecedor e, por outro lado, a uma regra nacional que transferisse a responsabilidade baseada na culpa, também do produtor para o fornecedor. Se se entender que a Directiva não opera uma harmonização total da responsabilidade por produtos defeituosos mas sim apenas da responsabilidade *do produtor* por produtos defeituosos, a responsabilidade do fornecedor não é regulada ou abrangida pelo diploma, pelo que os Estados-Membros terão margem de manobra na matéria.

No acórdão, o Tribunal recorre a decisões anteriores para demonstrar que a "margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem para regular a responsabilidade decorrente de produtos defeituosos é inteiramente determinada pela própria directiva e deve ser deduzida da letra, do objectivo e da sistemática da mesma"⁸⁴. Temos assim respostas diferentes às questões referidas. A Directiva opõe-se à transferência da responsabilidade objectiva, mas já não à transferência da responsabilidade baseada na culpa do produtor para o fornecedor, de acordo com o artigo 13º, segundo o qual não é afastada a aplicação de outros regimes de

Law, Geraint Howells e Reiner Schulze, eds., Sellier, München, 2009, pp. 307-324.

⁸² VANESSA MAK, "The degree of harmonisation...", p. 4-8.

⁸³ *Idem*, p. 6; caso C-402/03 do TJUE.

⁸⁴ *Comissão/França* (C-52/00), *Comissão/Grécia* (C-154/00) e *González Sánchez* (C-138/00).

responsabilidade contratual ou extracontratual desde que assentem em fundamentos diferentes. Portanto, os Estados-Membros beneficiam de uma margem de apreciação relativamente à responsabilidade por culpa, e a harmonização apenas tem efeito no que toca à responsabilidade objectiva. Para Vanessa Mak, isto resulta numa relativa, ou falsa, harmonização "máxima".

Tenho algumas dúvidas quanto a esta conclusão. Se é verdade que a matéria da responsabilidade do produtor permanece, de certa forma, fragmentada, tal resultado deriva do âmbito restrito da Directiva em questão. É, então, um problema de execução. O facto de qualquer diploma que vise harmonização máxima estar sujeito a este tipo de limitação não significa que será efectivamente incapaz de a atingir em todos os cenários possíveis. É uma questão de ambição, de âmbito de aplicação. Mas, por outro lado, será de grande dificuldade teórica elaborar diplomas a esse nível, que pretendam abranger na íntegra matérias específicas. É que, por natureza, a lei necessita da concretização de um âmbito de aplicação, sob pena de insegurança jurídica e dúvidas nas matérias conexas. Dessa forma, compreende-se a posição de Vanessa Mak quando esta afirma que a harmonização "máxima" não é, efectivamente, máxima ou absoluta⁸⁵. No entanto, parece-me que esse será um problema de natureza gradual, ou seja, algo que, nas devidas condições, pode ser colmatado à medida que todo o processo europeu de harmonização avance e surjam novos diplomas. Isto é, desde que de forma não excessivamente proliferada, pois como a mesma autora indica⁸⁶, determinadas relações ocorrerão maioritariamente a nível nacional, sem conexão com outro Estado, pelo que nesses casos será melhor permitir a actuação da legislação nacional. Quanto muito, nestas situações bastará harmonização mínima para garantir um limiar de protecção do consumidor interno semelhante entre os distintos Estados-Membros.

Seja como for, o facto de a harmonização máxima visada pela Proposta estar limitada ao seu âmbito de aplicação, significa necessariamente que o problema exposto sempre existirá, pois questões do Direito de consumo não abrangidas pelas disposições do diploma poderão ser reguladas de forma diferentes entre os Estados-Membros, prejudicando toda a aproximação pretendida.

Por último, existe ainda um problema de coerência no que toca à Proposta e à sua forma

⁸⁵ Vanessa MAK, "The Degree of Harmonisation...", p. 6.

⁸⁶ *Idem*, p. 8.

de prosseguir a harmonização máxima; a restrição, da revisão efectuada, a um número limitado de Directivas significa que existirão diferenças a nível conceptual e normativo quando se tiver em consideração todo o acervo⁸⁷. Ou seja, as restantes Directivas, não estando adaptadas pelo novo movimento, contribuem para uma situação de incoerência e insegurança jurídica.

4.4. O Livro Verde

Perante os problemas de eficácia do QCR e as críticas realizadas à harmonização máxima da Proposta de Directiva de 2008, houve uma mudança de direcção que começou com a publicação do Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas⁸⁸. Com base nos objectivos relacionados com o mercado interno já expostos anteriormente, e citando a incapacidade de garantir a interpretação uniforme de princípios e normas elaboradas anteriormente (PECL, QCR), continua a vontade de criar um instrumento único de direito europeu dos contratos, mas, desta vez, vislumbrando um maior número de opções⁸⁹, com menor foco na harmonização máxima por Directivas, onde realço:

Opção 2: "Caixa de ferramentas" oficial para o legislador⁹⁰

Opção 4: Regulamento que estabelece um instrumento opcional de direito europeu dos contratos⁹¹

Opção 5: Directiva sobre o direito europeu dos contratos⁹²

Opção 6: Regulamento que estabelece um direito europeu dos contratos⁹³

Opção 7: Regulamento que institui um Código Civil Europeu⁹⁴

⁸⁷ VANESSA MAK, "The degree of Harmonisation...", p. 8.

⁸⁸ Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas, Bruxelas, 1/7/2010, COM (2010) 348 final.

⁸⁹ Livro verde..., cit., COM (2010) 348 final, pp. 7-11.

⁹⁰ Papel que poderia ter sido atribuído ao QCR. O Livro Verde aponta que uma das desvantagens desta opção "consiste no facto de não trazer benefícios imediatos e tangíveis para o mercado interno, visto que não vem pôr fim às divergências".

⁹¹ Opção que será analisada mais à frente, por ter sido a escolhida e ter resultado em algo concreto.

⁹² Ao contrário da Proposta de 2008, esta seria uma Directiva de harmonização mínima. "Uma Directiva sobre o direito europeu dos contratos harmonizaria as normas nacionais neste domínio com base em normas mínimas comuns", p. 10 do Livro Verde de 2010.

⁹³ Abandona o carácter opcional da opção 4, sendo aplicável por imposição nacional. Como desvantagens são apontados problemas de proporcionalidade e subsidiariedade devido à substituição das leis nacionais.

Este Livro Verde foi objecto de consulta pública⁹⁵, da qual resultaram duras críticas a grande parte destas opções. Nas posições expressas na consulta pública, várias opções foram criticadas ou rejeitadas por motivos distintos, com manifestações de apoio relativamente a uma ou outras. Segue-se um resumo de algumas das posições pertinentes.

4.4.1. Opção 4: instrumento opcional

A proposta por um instrumento opcional foi a que reuniu maior consenso ou apoio. Paul Abbiati⁹⁶ afirma, inclusivé, ser esta a única opção séria, ainda que defenda que o diploma deva estar limitado por disposições nacionais *apenas* ao nível da ordem pública, não de qualquer norma imperativa. O Centro de Estudos do Direito Europeu da Academia Romana⁹⁷ diz ser uma alternativa viável com potencial para aumentar o comércio transnacional e aumentar o nível de protecção do consumidor sem excessivas imposições nos Estados-Membros, devido a estes manterem autonomia legislativa. Ainda assim, a opção não sai isenta de avisos de cautela e chamadas de atenção para certos limites ou condições para a sua aplicação.

A Câmara Americana de Comércio para a União Europeia⁹⁸ assinala o aumento de incerteza e complexidade resultantes da adopção de um instrumento desta natureza, sem garantias de que se verifique efectivamente uma melhoria da protecção do consumidor. Susanne Augenhof⁹⁹ defende a necessidade de uma revisão mais extensa do acervo europeu

⁹⁴ Aqui a diferença em relação às opções de Regulamento reside no facto de abranger outro tipo de obrigações, para além do direito dos contratos. Eventualmente a opção mais ambiciosa, mas também perigosa e de difícil exequibilidade.

⁹⁵ Resultados disponíveis em http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm (última consulta a 28/12/2014).

⁹⁶ PAUL ABBIATI, *General Remarks: The need for an instrument in European Contract Law*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/1_en.pdf, p.2.

⁹⁷ ROMANIAN ACADEMY, INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES, *Response to the Green Paper from the Commission on Policy options for progress towards a European Contract Law for Consumers and Businesses*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/57_en.pdf, p. 9.

⁹⁸ AmCham EU, *AmCham's EU position on the Green Paper on policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/8_en.pdf, pp. 1-2.

⁹⁹ SUSANNE AUGENHOFER, *A European Civil Law - For Whom and What should it include? Reflections on the scope of application for a future european legal instrument*, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/21_en.pdf, pp. 9-10.

dos contratos antes de proceder à elaboração de tal instrumento, para melhorar o ajustamento dos objectivos visados. Já John Cartwright¹⁰⁰ questiona os benefícios da ideia de "escolha" ou opção, na medida em que tal pode permitir a fuga de normas ou princípios nacionais altamente justificados no contexto nacional. O mesmo autor questiona a razoabilidade da expectativa de que a escolha efectuada seja verdadeiramente livre quando estamos perante partes com diferente peso negocial, ou seja, numa relação assimétrica¹⁰¹.

4.4.2. Opções 5, 6 e 7

Susanne Augenhöfer¹⁰² realça a ausência da possibilidade de harmonização máxima por Directiva (opção 5 diz respeito a normas mínimas), afirmando que se a intenção foi evitar o tipo de controvérsia levantado a propósito da Proposta de 2008, tal terá sido em vão, por considerar a via regulativa ainda mais intrusiva, por anular ou reduzir a margem de manobra dos Estados-Membros. Por outro lado, nota que uma tal via seria inútil para reduzir os problemas de falta de uniformidade na interpretação do direito europeu dos contratos. Ou seja, se é verdade que uma Directiva sobre o direito europeu dos contratos (opção 5) não apresenta suficiente alcance e poderia resultar em problemas de incerteza, um Regulamento ou Código Civil Europeu (opções 6 e 7) facilitariam as tarefas de interpretação, ainda que com a desvantagem de serem uma forte intromissão no círculo legislativo nacional.

Parece que, de certa forma, estas opções se invalidam a si próprias de uma maneira ou outra. Como já foi explorado, uma directiva de harmonização mínima acarretaria problemas de interpretação diversa, um dos problemas que todo este plano europeu pretende corrigir ou reduzir. Por outro lado, um regulamento que substitui leis nacionais com normas imperativas europeias reduz a fragmentação jurídicas mas é, em larga medida, incompatível com os princípios de proporcionalidade e subsidiariedade do Direito Europeu. É difícil aceitar a ideia de que tal regulamento pudesse sobrepor-se a todas as normas nacionais do direito dos contratos, mesmo que se restringisse a sua aplicação a transacções transnacionais; ressaltar as

¹⁰⁰ JOHN CARTWRIGHT, 'Choice is good'. Really?, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/52_en.pdf.

¹⁰¹ O problema da validade de escolha, assim como outros levantados pela concreta aplicação de um instrumento nacional, será analisado mais profundamente no ponto 5.

¹⁰² SUSANNE AUGENHOFER, ob. cit., pp. 3-4.

relações nacionais não impede que a intrusão europeia seja notoriamente excessiva. Ainda que a propósito da Proposta de 2008, Paul Abbiati¹⁰³ dá o exemplo de os consumidores britânicos perderem o direito de optarem por reembolso em vez de reparação, perante bens defeituosos¹⁰⁴, caso a Directiva avançasse. Ainda que o aumento da protecção dos consumidores não seja o único alvo de todo este processo, não significa que se deva sacrificá-lo, sem mais, em nome da facilidade de transacção e estímulo *cego* do mercado interno.

Evidentemente, estas últimas considerações afectam também a possibilidade de um Código Civil Europeu, na medida que este seria uma versão mais abrangente da opção 6 e, portanto, agravaria as desvantagens daí derivadas.

Dado o relativo insucesso do QCR e a difícil aceitação das opções 5, 6 e 7, parece que a opção 4, a de criação de um instrumento opcional, foi favorecida pela doutrina e pelas instituições europeias. Os passos dados no processo de europeização após o Livro Verde seguiram nessa direcção.

5

Um instrumento opcional

5.1. Âmbito de aplicação

Uma das primeiras dúvidas a surgir no seio da consideração de um instrumento opcional, foi a separação, ou não, entre transacções *business-to-consumer* (B2C) e *business-to-business* (B2B). A questão justifica-se na medida em que, como já foi visto, visa-se não apenas a defesa do consumidor europeu, mas também o estímulo do mercado interno, onde as transacções B2B são relevantes.

No que respeita ao acervo até então vigente, os diplomas em torno do consumidor europeu

¹⁰³ PAUL ABBIATI, ob. cit., p.4.

¹⁰⁴ Artigo 26º da Proposta de 2008. Aqui, são expostos três mecanismos de defesa do consumidor em caso de inconformidade do bem: reposição através de reparação ou substituição, redução do preço e resolução do contrato. De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, o primeiro prevalece em relação aos outros. A opção de redução do preço ou resolução do contrato apenas existe quando a reparação ou substituição "é ilegal, impossível, ou implicaria um esforço desproporcionado" da parte do comerciante, situação distinta e menos favorável ao consumidor do que no direito britânico.

limitaram-se a reger as transacções B2C¹⁰⁵. Compreende-se a tendência, na medida em que a motivação do legislador europeu se tenha focado na específica posição do consumidor, como parte mais vulnerável e carente de maior protecção legal. A regulação das relações jurídicas entre consumidores e profissionais denota preocupações especiais de tutela do consumidor, com maiores desvios ao princípio da liberdade, do que a legislação referente a situações em que as partes envolvidas actuam no âmbito da sua actividade profissional.

No entanto, isto não significa que tal tendência se deva transferir para um instrumento opcional. Este não necessita de se limitar a regular a protecção do consumidor, sendo que deve promover o mercado interno, facilitando as transacções e removendo obstáculos. A regulação das relações B2B pode contribuir para esse objectivo¹⁰⁶.

Quanto à questão territorial, relativamente a saber se o escopo do instrumento abrange as relações nacionais ou apenas as transnacionais, Whittaker¹⁰⁷ realça que a separação implica fragmentação jurídica, na medida em que os consumidores e profissionais teriam que lidar com dois corpos distintos de normas para cada situação, mas também lembra que conferir a possibilidade de escolha do instrumento opcional ao profissional pode permitir a evasão a normas nacionais que melhor serviriam os interesses do consumidor, assim prejudicando um dos objectivos da harmonização. É o "preço a pagar", como afirma o autor, pelo ganho em uniformização de lei. Por outro lado, o próprio Livro Verde¹⁰⁸ afirma não ser razoável negar a possibilidade de escolha, relativamente às transacções nacionais, nos *contratos entre empresas*, devido à primazia do princípio da liberdade contratual subjacente a estas relações.

Portanto, parece que se deve abranger contratos B2C e B2B, sendo que no caso dos primeiros, a escolha poderá ser limitada às situações transnacionais¹⁰⁹. Assim, obtém-se uma aproximação a um conjunto primário de normas sem que se prejudique indevidamente os consumidores com o afastamento de normas nacionais quando o contrato não tenha carácter internacional

¹⁰⁵ Como exemplos, artigo 2º n.º 1 da Directiva 97/7/CE e artigo 3º n.º 1 da Directiva 2005/29/CE.

¹⁰⁶ Posição defendida por SUSANNE AUGENHOFER, *vide ob. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷ SIMON WHITTAKER, *ob. cit.*, pp. 385-386.

¹⁰⁸ Já discutido no ponto 4.4 deste trabalho.

¹⁰⁹ A CESL, no artigo 3º e seguintes, restringe todo o seu âmbito a contratos transnacionais, não apenas os relativos a contratos B2C. Solução discutível, mas aquela com que teremos que trabalhar por agora.

5.2. Integração jurídica

Resta saber de que forma este instrumento opcional se deve inserir em todo o quadro normativo. Que relação existe entre o diploma opcional e os ordenamentos jurídicos nacionais, e com o Direito Internacional Privado e o seu Regulamento Roma I (Regulamento (CE) n.º 593/2008)? Como se sabe, este Regulamento determina a lei aplicável às obrigações contratuais que impliquem um conflito de leis segundo o artigo 2º, consagrando liberdade de escolha de lei no artigo 3º.

A discussão girou em torno de diferentes modelos possíveis; o de um 28º regime a par das leis nacionais, o de um 2º regime na esfera de cada Estado, sendo uma alternativa à normal aplicação da lei nacional, e o de um 1º regime como lei uniforme internacional.

5.2.1. 28º Regime

Segundo a teoria do 28º regime, o instrumento opcional integra-se no próprio sistema de DIP como uma opção adicional, ao lado das restantes leis nacionais¹¹⁰. Perante a escolha de lei consagrada no artigo 3º do RR I, as partes são livres de optar por uma lei nacional que obedeça aos requisitos desse diploma ou pelo instrumento opcional.

Tal ingerência europeia poderá ser justificada através do artigo 352º ou 114º do TFUE¹¹¹. Esta opção apresenta, porém, problemas. Desde logo, importa saber se a escolha de lei consagrada no artigo 3º do RR I abrange, efectivamente, a possibilidade de escolha de uma lei supra-nacional, de uma lei que não é, no fundo, de um Estado-Membro. A doutrina maioritária opõe-se, recorrendo ao processo legislativo para justificar essa posição¹¹². Isto porque a *Proposta* de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às

¹¹⁰ GIESELA RÜHL, "The Common European Sales Law: 28th regime, 2nd Regime, or 1st Regime?" disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879 (consultado em 14 de Novembro de 2014), p.3. Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/5, March 19, 2012.

¹¹¹ Ponto 2, 2.2. deste trabalho. Vide, também, ROMANIAN ACADEMY, INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES, *Response to the Green Paper...* pp. 11-13. Os autores notam, e bem, que sendo um instrumento opcional, a autonomia legislativa dos Estados-Membros não é prejudicada, pelo que as preocupações do artigo 352º n.º 2 relativamente ao princípio da subsidiariedade não serão "necessárias", ainda que lembrando que o recurso ao artigo 114º dependerá sempre da verificação do nexo entre as medidas adoptadas e o funcionamento do mercado interno.

¹¹² GIESELA RÜHL, "The Common European Sales Law...", p. 4.

obrigações contratuais¹¹³, na exposição de motivos, a propósito do artigo 3º, afirmou que "*a fim de reforçar ainda mais a autonomia da vontade [...] o n.º 2 autoriza as partes a escolherem como direito aplicável um direito não estatal*". Esta posição foi abandonada na versão final do diploma por "falta de entendimento dos Estados-Membros sobre o escopo da disposição"¹¹⁴. Acresce que o considerando 13 do RR I (versão final) salvaguarda a possibilidade de incorporação de um corpo legislativo não nacional no contrato em questão, fazendo, portanto, uma distinção entre a referência a legislação não nacional nesta disposição e a escolha de lei (nacional) do artigo 3º, reflectindo a ideia de que aquele ponto concreto da Proposta foi esquecido¹¹⁵. Para além disso, o facto de alguns países europeus não aplicarem o RR I a contratos de compra e venda, mas sim a Convenção de Haia de 1955, significa que o instrumento opcional não ficaria sujeito às mesmas normas de DIP, não havendo aplicação uniforme¹¹⁶.

Assim sendo, parece difícil¹¹⁷ conciliar esta teoria com os elementos legislativos à nossa disposição.

5.2.2. 2º Regime

Outra possibilidade reside na consideração do instrumento opcional como uma "segunda lei nacional". A própria Comissão adoptou essa posição na Exposição de Motivos da

¹¹³ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), Bruxelas, 15/12/2005, COM (2005) 650 final.

¹¹⁴ GIESELA RÜHL, "The Common European Sales Law...", p.4.

¹¹⁵ E mais; na versão final do instrumento opcional (ou seja, a CESL), o seu artigo 8º determina que a validade da opção pela sua aplicabilidade é averiguada pelo próprio diploma e não uma outra lei, o que parece ser incompatível com a sujeição da CESL ao RR I. Giesela Rühle, inclusivé, afirma que tal raciocínio não é corrigido pelo considerando 14 do Regulamento, na medida em que este reconhece a existência de outros instrumentos jurídicos mas que a escolha desses instrumentos não se encontra necessariamente sujeita ao Regulamento nem dependente desta escolha, ou seja, não estabeleceu uma relação entre os diplomas. *Vide* GIESELE RÜHL, "The Common European Sales Law...", p. 5.

¹¹⁶ *Idem*, p.6.

¹¹⁷ Saliento que uma das vantagens em aceitar esta posição com sucesso seria o facto de serem salvaguardados direitos imperativos do ordenamento jurídico não escolhido pelas partes, nomeadamente das normas de aplicação imediata referidas no artigo 9º do RR I. A intenção seria possibilitar a escolha da CESL para proporcionar um corpo legislativo sem que no processo fossem prejudicados direitos essenciais consagrados a nível nacional. *Vide* GIESELE RÜHL, "The Common European Sales Law...", p. 6-8, para o reverso da medalha, na medida em que tal é, de acordo com a autora, incompatível com um dos objectivos do instrumento opcional, o de fornecer um corpo *uniforme* de normas.

Proposta¹¹⁸, onde também refere que os Regulamentos Roma I e Roma II continuarão a ser aplicáveis num momento prévio, sendo que, efectuada a escolha da lei de um Estado-Membro, essa residirá efectivamente nos dois corpos de lei; a lei nacional e o instrumento opcional a seu lado. Posteriormente, a aplicação desse instrumento opcional dependeria do acordo das partes, sendo aplicável a lei nacional caso tal não acontecesse.

Este raciocínio apresenta problemas. Desde logo, continua a existir sujeição ao RR I e seus limites, o que prejudica a aplicabilidade uniforme do diploma. O artigo 6º, n.º 2, do RR I estabelece que a escolha de lei não pode "*ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições não derogáveis por acordo da lei que, na falta de escolha, seria aplicável com base no n.º 1*". A Exposição de Motivos da Proposta¹¹⁹, incompreensivelmente, afirma que o artigo 6º não é aplicável por considerar equivalentes as disposições entre "as duas leis nacionais", não havendo um nível de protecção menor quando for aplicada a CESL. Não se percebe bem o fundamento por detrás desta redacção, pois a lei nacional de um Estado-Membro e o instrumento opcional serão constituídos por disposições diferentes e, consequentemente, contêm um diferente nível de protecção do consumidor, sendo que a aplicação do artigo 6º do RR I é justificada. Pode-se crer que o nível de protecção conferido pelo diploma europeu é sempre superior ao da lei nacional, o que afastaria o interesse do artigo, mas tal não constitui uma certeza. Perante a presença de normas mais protectoras do consumidor numa lei nacional, no caso concreto a solução terá que passar por aplicar essas disposições nacionais relevantes em conjunção com as do instrumento opcional para a restantes questões do contrato, o que contraria o objectivo do diploma¹²⁰, resultando em fragmentação jurídica.

5.2.3. 1º Regime

Uma outra solução passa pela consideração do instrumento opcional como uma lei

¹¹⁸ Proposta de Regulamento..., cit., COM (2011) 635 final, p. 6.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ GIESELA RUHL, "The Common European Sales Law...", pp. 8-12.

uniforme internacional¹²¹ que define o seu próprio escopo e que será aplicada quando, segundo as suas próprias regras, for validamente escolhida pelas partes¹²². Isto apresenta algumas vantagens, desde logo, evita o problema referido anteriormente da fragmentação e sujeição do diploma a limites de DIP que contrariam o seu objectivo. É a via ideal para se realmente aplicar o instrumento opcional como um "corpo uniforme" de normas¹²³. Mas a verdade é que se foge de um problema ignorando outro. Como uma lei uniforme neste sentido, o instrumento opcional será aplicável sem mais, no caso de opção das partes. Ora, o artigo 6º, n.º 2, do RR I existe por bons motivos. Nesta posição, o consumidor pode ver o seu nível de protecção diminuído caso as disposições nacionais sejam mais favoráveis. Ainda que tal não aconteça, em princípio, com grande frequência, não deixa de ser uma possibilidade; acreditar que o instrumento opcional é capaz de superar todos os legisladores nacionais é ingénuo ou excessivamente optimista. E não se contraponha a isto que tal é o resultado de uma opção livre, do exercício da liberdade contratual das partes, pois, como se sabe, esta está sujeita a restrições em nome da protecção da parte mais vulnerável, que será esse mesmo consumidor, eventualmente não devidamente informado das consequências da opção.

5.2.4. Qual a solução?

Sendo necessário optar por uma das posições expostas, estamos perante um problema complexo. Cada possibilidade exposta apresenta vantagens e desvantagens, sendo que a via do 1º regime parece ser a mais pragmática, valorizando a realização dos objectivos do instrumento opcional. Mas será razoável afastar a "rede de segurança" do DIP, com base nisso? Como em grande parte do Direito, trata-se de uma tensão de forças. Neste caso, entre justiça e segurança/certeza jurídica. Tenho dificuldades em acreditar que um lado deva prevalecer sobre outro, devendo antes optar-se por um balanço, aceitando o papel do DIP na aplicabilidade desta lei, dentro do que for necessário e aconselhável. Acredito que tal é alcançado mais eficazmente com a via do 2º regime, também assumida pela Comissão na Proposta da CESL. Evita-se a discussão em torno da permissão, ou não, pela escolha de uma

¹²¹ Tal como a Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças, entre outras.

¹²² GIESELA RÜHL, "The Common European Sales Law...", p. 12.

¹²³ *Idem*, p. 13.

lei supra-nacional por parte do RR I, tratando o diploma como uma segunda lei nacional. Salva-se o nível de protecção conferido ao consumidor pela sua lei nacional, graças ao artigo 6º, n.º 2, do RR I. O preço a pagar reside no facto de não se alcançar um corpo verdadeiramente uniforme de normas. Por vezes, normas nacionais irão prevalecer, mas tal acontecerá justificadamente. Acredito ser preferível às demais alternativas¹²⁴. Quanto ao problema do artigo 8º da CESL, o facto de a validade da opção pelo instrumento ser averiguada por si próprio não significa que os mecanismos do DIP não possam funcionar num momento anterior. Trata-se, efectivamente, de uma situação semelhante a outras, em que é escolhida uma lei nacional à luz do DIP e então, depois, o caso resolve-se a nível nacional, podendo as partes escolher a legislação nacional ou a CESL, sendo que no último caso, tal dependerá do cumprimento dos requisitos do artigo 8º. Tal é, de certa forma, suportado pelo considerando 10 onde se diz que a opção pela CESL é efectuada no âmbito da lei nacional aplicável por força do RR I, esclarecendo-se tratar de algo diferente do problema das regras de conflito de DIP¹²⁵.

5.3. A "escolha" no âmbito da CESL

5.3.1. Natureza opcional do diploma

A Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, no seu artigo 6º, seguiu o modelo *opt-out*. Ou seja, a relação jurídica subsumível ao âmbito de aplicação desse diploma apenas não seria regida pelas suas disposições caso as partes excluíssem expressamente a sua aplicação. Inversamente, na CESL deparamo-nos com o modelo *opt-in*, onde o diploma apenas regulará a relação jurídica em concreto quando as partes exerçam a opção nesse sentido¹²⁶.

¹²⁴ Alternativas essas que seriam ou o abandono do instrumento ou a sua qualificação como lei uniforme, com as desvantagens já expostas.

¹²⁵ Para as implicações desta via sobre os contratos B2B, vide MARTIJN W. HESSELINK, "How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's proposal for a regulation" in *European Review of Private Law*, 2012, VOL. 1 pp. 195-212, disponível para consulta em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950107 (consultado em 24 de Outubro de 2014).

¹²⁶ A propósito dos modelos *opt-in*, mas também aplicável ao modelo *opt-out*, REINER SCHULZE (ed), *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Nomos, 2012, p. 31, aponta que uma das vantagens do

5.3.2. Ambito de aplicação

O artigo 3º da CESL estabelece que o acordo das partes sobre a aplicação do diploma dirá respeito a um contrato transnacional de venda de bens, fornecimento de conteúdo digital ou de serviços, consoante as disposições dos artigos 4º a 7º. Aí compreende-se que são abrangidos contratos B2B (4º n.º 2) e B2C (4º n.º 3), sendo que no primeiro caso o negócio é considerado transnacional se ambos os profissionais tiverem residência habitual em países diferentes, desde que um seja Estado-Membro, e no segundo caso tal acontece quando a morada (de residência, de entrega dos bens ou de facturação) pertence a um país distinto do profissional, mantendo-se a exigência de um deles viver num Estado-Membro.

Resumindo, o carácter transnacional é essencial para a aplicação da CESL, assim como a exigência de uma das partes residir num Estado-Membro, podendo o diploma ser aplicado a contratos B2B ou B2C.

5.3.3. Exercício da escolha

Como já foi dito, a validade da escolha pela CESL é averiguada pelas suas próprias disposições, segundo o artigo 8º. Se nos contratos B2B a intenção das partes pode decorrer de actos ou declarações tácitas¹²⁷ (artigo 30º n.º 2 do Anexo I da CESL), já nos contratos B2C é exigido consentimento explícito (artigo 8º n.º 2). Mais, tal consentimento tem que ser prestado em separado do acordo sobre o próprio contrato. Ou seja, para além do contrato, deve haver, em suporte duradouro, consentimento das partes sobre a sujeição dele à regulação pela CESL¹²⁸.

O n.º 3 do artigo 8º acrescenta que esta liberdade de escolha tem um limite; as partes sujeitam-se a todo o regime da CESL. A sua aplicação parcial não é permitida em contratos

carácter opcional de um diploma reside no facto de representar uma intrusão menor na autonomia dos Estados-Membros.

¹²⁷ Onde releva o artigo 58º do Anexo I da CESL, que contém normas gerais de interpretação.

¹²⁸ Para uma opinião negativa sobre os obstáculos colocados, *vide* HORST EIDENMÜLLER, NILS JANSEN, EVA-MARIA KIENINGER, GERHARD WAGNER e REINHARD ZIMMERMANN, "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law", in *The Edinburgh Law Review*, Setembro de 2012, Vol. 16 n.º 3, pp. 321-322. Os autores acreditam que se o instrumento proporciona (teoricamente) um elevado nível de protecção do consumidor, não devia haver tanto receio na sua aplicação, afirmando mesmo que "a Comissão adoptou todas as medidas possíveis para desencorajar o consumidor a optar pela CESL", mesmo que o tenha feito inadvertidamente.

B2C (*a contrario*, é permitida nos contratos B2B). A justificação é simples; a escolha parcial conduziria a parte mais forte ou melhor informada (o profissional) a optar pelas disposições que o favorecem, excluindo as que fossem mais favoráveis ao consumidor, negando o propósito (ou parte dele) da CESL. Assim, o profissional submete-se a todo o regime, independentemente de poder sair beneficiado ou prejudicado por normas específicas.

Quanto ao momento em que a opção deve ser manifestada, o diploma nada diz, mas Martijn W. Hesselink¹²⁹ alerta para o perigo em pensar que tal pode ainda acontecer após o surgimento de um litígio. Neste caso *as partes já estarão informadas sobre que normas específicas serão aplicadas ao problema*, o que nos leva de volta ao problema anterior, ainda que de forma diferente; a escolha aqui manifestada será motivada por conhecimento prévio da influência da escolha no litígio concreto, o que coloca o profissional numa posição relativamente vantajosa quanto ao consumidor. Portanto, em última instância, esse momento temporal (até ao surgimento de um litígio) será o limite temporal para que a escolha seja possível. Ainda que, numa outra perspectiva, possa defender-se que esse limite é desnecessário, na medida em que o artigo 6º do RR I protegerá o consumidor dessas tentativas de aproveitamento do profissional, a menos que se subscreva a via do 1º regime¹³⁰.

5.3.4. Invalidade da escolha

Caso os requisitos legais do artigo 8º não sejam cumpridos, que consequências daí advirão? Na hipótese do 2º regime, uma vez que as partes escolheram (num primeiro momento) "simultaneamente" uma lei nacional e a CESL, a invalidade da opção pela CESL conduzirá à aplicação da lei nacional em questão. Por outro lado, quer na via do 28º quer na do 1º regime, as coisas ocorrerão segundo a normal operação do RR I, ou seja, seguir-se-ão as regras do Regulamento referentes à falta de escolha das partes para que se encontre a lei nacional que deve ser aplicada¹³¹.

Apesar destas simples soluções, permanece um problema. Reiner Schulze¹³² lembra que a

¹²⁹ ob. cit., p. 9.

¹³⁰ Vide 5.2.3..

¹³¹ No fundo, neste caso trata-se duma situação em que tudo ocorre como se a opção pela CESL nunca tivesse sido efectuada nem o pudesse ser.

¹³² ob. cit., pp. 61-62.

vontade de uma das partes em concluir o contrato poderá ter estado dependente da aplicação da CESL à relação jurídica estabelecida. O artigo 30º, n.º 4, da CESL, em consonância com o artigo 232º do CC, refere que não existe contrato se as partes não tiverem chegado a acordo relativamente a uma matéria específica que tenha sido considerada requisito para a celebração do negócio, relativamente a uma das partes. Esse requisito pode ser expresso ou deduzido da conduta ou afirmações dessa parte. Mas esta solução resulta numa situação eventualmente não muito favorável ao consumidor cujo único remédio reside no recurso ao Regulamento Roma II e às suas regras quanto à indemnização por culpa *in contrahendo*. Como alternativa, Reiner Schulze aponta a aplicação do artigo 9º do Anexo I da CESL¹³³, na medida em que o contrato se mantém e o consumidor opta, ou não, pela aplicação da CESL.

Que dizer desse raciocínio? Ainda que em muitos casos tal seja improvável¹³⁴, a exigência de sujeição do contrato à CESL pode provir do profissional, não do consumidor. No entanto, dada a posição daquela parte, parece razoável esperar-se que tal requisito seja comunicado de forma adequada à contraparte para que se presencie, ou não, um acordo efectivo. Nesta situação, poderia parecer incorrecto submeter o contrato a uma lei que não a CESL, mas a verdade é que os deveres de informação do profissional abrangem pontos importantes como este. Ou seja, a consequência da falta desse acordo sobre a aplicação da CESL, exigida pelo profissional, não deve ser o da sujeição forçada do consumidor à CESL, nem da invalidade do contrato. Desta forma, a solução de Reiner Schulze parece continuar acertada, pois a sanção, num caso destes, deve atingir o profissional, não o consumidor, por não ter actuado com suficiente diligência para que o acordo na aplicação da CESL fosse válido.

E se a aplicação da CESL condicionou a vontade do consumidor, no sentido de que este acreditava ela ser a lei aplicável e não tivesse decidido contratar se assim não fosse? Tal pode acontecer quando as partes acordam na aplicação da CESL, via telefone ou *outros meios que não permitam fornecer ao consumidor a ficha informativa* (artigo 9º da CESL). A não recepção da confirmação constante do artigo 8º, n.º 2, e da ficha informativa, assim como o incumprimento dos requisitos referentes a informações pré-contratuais, significam que o consumidor não está vinculado ao acordo de aplicação da CESL. Mas fica vinculado ao

¹³³ ob. cit., p. 62.

¹³⁴ Isto porque, teoricamente, o limiar de protecção do consumidor presente na CESL é mais elevado do que o das leis nacionais, o que será, em regra, menos favorável para o profissional.

contrato? Nesse caso aplicar-se-ia a lei determinada pelo RR I, em regra a lei nacional do consumidor. Ainda que assim não seja, e alguns dos factores na relação jurídica determinem a aplicação de uma outra lei nacional, o artigo 6º do RR I salvaguarda as disposições imperativas da lei nacional do consumidor. No entanto, isto não significa que esteja devidamente protegido em comparação com o nível de protecção que seria conferido pela CESL e com o que, potencialmente, o consumidor esperava ter.

Martijn Hesselink parece discordar destas opções legislativas, por introduzirem custos elevados para os profissionais sem grandes benefícios para os consumidores, acreditando que a CESL deveria assegurar-se que a protecção por si conferida é elevada e suficiente em vez de acautelar a sua aplicação, ou seja, não devia colocar obstáculos à sua aplicação em nome de informações ou requisitos de pequena relevância¹³⁵. Para além disso, aponta também a incerteza trazida por esta solução. O diploma permite ao consumidor expressar o seu consentimento pela aplicação da CESL após o cumprimento (eventualmente, tardio) das obrigações em questão, sem menção de limites temporais para o fazer. Vantajoso para o consumidor, excessivamente incerto para o profissional, o que torna a opção pela CESL "pouco entusiasmante" para estes¹³⁶. Um simples limite temporal, ainda que arbitrário, concederia tempo suficiente ao consumidor para fazer a sua opção sem se alongar demasiado e submeter o profissional a essa situação de incerteza, o que seria preferível à redacção actual.

6

A Directiva 2011/83/UE e a sua transposição

6.1. Contexto

Com a proposta de CESL como um instrumento opcional em debate, o legislador europeu não parou. Enquanto a proposta visava complementar as leis nacionais, restava prosseguir com uma verdadeira harmonização. E na elaboração da Directiva 2011/83/UE (doravante designada por DDC), houve uma espécie de *trade-off*. Se a CESL parecia apresentar um

¹³⁵ MARTIJN W. HESSELINK, ob. cit., p. 10.

¹³⁶ *Idem*, p. 11.

abandono das pretensões de harmonização máxima que conduziram a Proposta de Directiva 2008 ao insucesso, o novo diploma de 2011 reintroduz a tentativa, ainda que com um âmbito mais reduzido. Foram revogadas as Directivas 85/577/CEE e 97/7/CE para, como se pode ler no Considerando 2, "*estabelecer normas padrão para os aspectos comuns dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*"¹³⁷, afastando-se do princípio de harmonização mínima subjacente às directivas anteriores", sendo que os "Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições mais ou menos restritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção do consumidor, salvo disposição em contrário na presente Directiva" (artigo 4º).

As matérias deste diploma europeu referentes aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, que não esgotam o escopo da Directiva, foram transpostas para o direito nacional através do DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

6.2. Âmbito de aplicação

O artigo 3º da DDC dispõe que esta se aplica aos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor (ambos definidos no artigo 2º, n.º 2 e n.º 1, respectivamente), e também "*aos contratos de fornecimento de água, gás, electricidade ou aquecimento urbano na medida em que estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual*".

Se a Directiva 97/7/CE se focou nos contratos à distância entre consumidor e fornecedor e permitia, no seu artigo 14º, aos Estados-Membros aumentarem o nível de protecção, a DDC "opta por uma técnica de harmonização máxima que, por um lado, ultrapassa o escopo do âmbito de contratação à distância, e, por outro, deixa de regular matérias de que a Directiva 97/7/CE se ocupava"¹³⁸. O Capítulo II da Directiva diz respeito a contratos diferentes dos contratos à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial, preenchido por um único artigo, e o Capítulo IV estabelece direitos do consumidor em contratos de compra e venda independentemente da técnica utilizada na contratação.

¹³⁷ Ambos definidos nos Considerandos 20 e 21, respectivamente.

¹³⁸ ESTHER ARROYO AMAYUELAS, "La contratación a distancia en la directiva de protección de los derechos de los consumidores", in *La Revisión de las normas Europeas y nacionales de protección de los consumidores: Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de Octubre de 2011*, Civitas, 2012, pp. 241-242 (tradução minha).

Como foi dito, a nova Directiva vai além das directivas revogadas em certos aspectos, mas deixando de regular sobre outras matérias anteriormente abrangidas. Esther Arroyo diz-nos que "a não transposição integral de todas as matérias contempladas na Directiva 97/7/CE é explicada pelo desejo de evitar sobreposições com outras normas"¹³⁹. Temos um exemplo no considerando 61, onde se refere que as matérias da Directiva 97/7/CE relativamente a *comunicações* não solicitadas não necessitaram de consagração no novo diploma por já terem sido tratadas na Directiva 2002/58/CE com uma garantia de "*elevado nível de defesa dos consumidores*". Questão diferente prende-se com o problema das *mercadorias e serviços não solicitados*, onde agora, contrariamente ao que acontecia na Directiva 97/7/CE, a respectiva norma (artigo 27º da DDC) é aplicável a *qualquer* contrato de consumo.

Por último, convém referir que existe uma pequena margem de manobra para os Estados-Membros. Podem excluir a aplicação do diploma ou não introduzir normas nacionais que transponham as suas disposições, quando se trate de contratos celebrados fora de estabelecimento comercial e o valor do pagamento a efectuar for inferior a 50€ (artigo 3º n.º 4), a fim de, segundo o Considerando 28, evitar encargos administrativos injustificados por parte dos profissionais. Podem também, segundo o considerando 13, alargar a aplicação das regras da Directiva a pessoas singulares e colectivas, afastando-se da concepção restrita de consumidor empregue pelo diploma europeu, abrindo as portas àquilo que o Anteprojecto do Código do Consumidor português almejou a nível da definição de consumidor.

6.3. O novo regime dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

6.3.1. Definição de contrato à distância

O Considerando 20 da DDC define o contrato à distância como sendo aquele celebrado entre profissional e consumidor "*no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva*"¹⁴⁰ de um ou mais

¹³⁹ *Idem*, p. 243.

¹⁴⁰ Exclusividade refere-se à utilização dessas técnicas no contrato em questão, não se exigindo que seja o "único meio pelo qual este se dispõe a celebrar contratos", JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO

meios de comunicação à distância"¹⁴¹. Tal não será o caso quando o contrato tenha sido negociado no estabelecimento comercial do profissional e mais tarde celebrado por um meio de comunicação à distância, nem, por outro lado, quando seja negociado por um desses meios e posteriormente celebrado no estabelecimento. Essencialmente, o que importa é que a negociação e celebração do contrato sejam realizadas por um meio de comunicação à distância, sendo que, ainda de acordo com o Considerando 20, o mero recolher de informações no estabelecimento não constitui uma fase de negociação¹⁴², o que significa que não obsta à qualificação como contrato à distância. Já no que toca ao "*sistema de vendas ou prestação de serviços*", este pode ser algo como "*correspondência, Internet*"¹⁴³, "*telefone*"¹⁴⁴ ou "*fax*", abrangendo sistemas oferecidos por terceiros que não sejam o profissional mas sejam usados por este¹⁴⁵. Note-se que o Considerando 13 da Directiva permite aos Estados-Membros prescindirem da exigência de um sistema de vendas vocacionado para a contratação à distância.

A protecção especial conferida a este tipo de contratos justificar-se-á pelo facto de o consumidor se encontrar numa situação de desvantagem relativamente à contraparte, devido a não poder observar o bem que é objecto do contrato ou ter qualquer tipo de experiência com o serviço a ser prestado. No fundo, a ideia é de que a possibilidade de o consumidor se informar devidamente sobre o bem ou serviço se encontra reduzida quando a negociação e celebração do contrato não são realizadas presencialmente¹⁴⁶.

PINTO-FERREIRA, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial (Anotação ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 37.

¹⁴¹ Meio de comunicação à distância será aquele que possa ser utilizado, sem a presença física simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, para a celebração de um contrato entre as partes, segundo a definição do artigo 3º alínea m) do DL. Definição suficientemente ampla para permitir a "aplicação do regime a novas técnicas de comunicação que possam vir a desenvolver-se", vide JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 36.

¹⁴² Ainda que "não seja fácil estabelecer uma distinção clara entre a recolha de informações e a negociação", REINER SCHULZE, ob. cit., p. 23.

¹⁴³ Excepto quando o site da Internet disponibilizar nada mais do que informações de contacto ou sobre os produtos/serviços.

¹⁴⁴ Reiner Schulze, devido ao artigo 19º n.º 4 da CESL ("O contrato celebrado por telefone apenas é válido se o consumidor assinou a oferta ou enviou um consentimento escrito no sentido de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor confirmação do seu consentimento em suporte duradouro."), realça que o facto de um contrato eventualmente apenas ser concluído no momento da entrega, geralmente por motivos da lei aplicável, não deve ser relevante para a questão da contratação à distância; continua a ser um contrato celebrado à distância quando foi negociado e acordado por telefone. REINER SCHULZE, ob. cit., p. 23.

¹⁴⁵ ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ob. cit., p. 249.

¹⁴⁶ ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ob. cit., p. 246-247.

O conceito de contrato à distância volta a ser definido, de forma mais resumida, no artigo 2º, n.º 7, da Directiva. Esse texto foi transposto quase na íntegra para o direito nacional no artigo 3º, alínea *f*), do DL n.º 24/2014, com meras alterações de redacção como a substituição de *profissional* por *fornecedor de bens ou prestador de serviços*, sem grande relevo, pois a definição de ambos os conceitos (artigo 2º, n.º 2, da Directiva e artigo 3º, alínea *i*), do DL, respectivamente) é largamente coincidente. Trata-se, em ambos os casos, de uma noção restrita de consumidor¹⁴⁷, dada a referência expressa a pessoa singular (artigo 3º, n.º 1, alínea *c*), do DL e artigo 2º n.º 1 da Directiva).

Importa acrescentar que apesar da expressão "*sistema de vendas ou prestação de serviços*" utilizada nos dois diplomas, parte da doutrina¹⁴⁸ entende que tal deve ser interpretado como abrangendo todos os contratos que incidam sobre bens ou serviços, sendo assim aplicável, por exemplo, a contratos de empreitada. Sem prejuízo da exclusão expressa de certos contratos, quer no artigo 2º, n.º 2, do DL, quer do artigo 3º, n.º 3, da Directiva, tal como os contratos de arrendamento, jogos de fortuna ou azar, entre outros.

6.3.2. Definição de contrato celebrado fora de estabelecimento comercial

O ponto de partida da definição de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é, nos dois diplomas, o mesmo. Trata-se de um contrato "*celebrado na presença física simultânea do profissional* (fornecedor de bens ou prestador de serviços no DL) *e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial do profissional*", antes de se fazer referência a alguns casos específicos. Aqui existem algumas diferenças entre o DL e a DDC. O legislador nacional tentou "compatibilizar o novo regime com o anterior regime dos contratos celebrados no domicílio ou equiparados"¹⁴⁹, ou seja, com o artigo 13º do DL 143/2001. Isto resulta na incorporação no artigo 3º, alínea *g*), de, por exemplo, contratos celebrados no local de trabalho do consumidor¹⁵⁰, assim como os celebrados em reuniões "*em*

¹⁴⁷ Segundo o exposto no ponto 1.

¹⁴⁸ JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 36.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 39. Os autores também criticam a formulação utilizada na definição, afirmando que abrange casos em que o contrato é celebrado no estabelecimento comercial, não fora dele, nomeadamente no artigo 2º, n.º 8, alínea *c*), da Directiva e artigo 3º, alínea *g*), *i*) e *iv*), do DL.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 41, onde se diz que se abrange apenas os contratos de consumo e já não "os de bens ou serviços fornecidos pelo empregador no âmbito da relação de trabalho".

que a oferta de bens ou serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatária", hipóteses já previstas no diploma de 2001 no artigo 13º, n.º 2, alínea a) e b), respectivamente, como equiparadas a contratos ao domicílio.

O considerando 21 da Directiva faz uma ressalva importante, excluindo do conceito de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial *"as situações em que o profissional se desloca inicialmente sem qualquer compromisso por parte do consumidor e em que o contrato só é celebrado posteriormente nas instalações comerciais do profissional"*. Aqui, o contrato não é celebrado imediatamente após o profissional ter contactado o consumidor¹⁵¹ desde que este tenha tido tempo para reflectir sobre o orçamento antes da celebração, o que nem sempre será fácil de averiguar.

Por último, importa aferir o que a lei quer dizer com a expressão *estabelecimento comercial* através do recurso aos artigos 2º, n.º 9, e considerando 22 da Directiva, assim como do artigo 3º, alínea g), do DL. Inclui *"instalações de qualquer tipo que sirvam de local de negócios permanente ou habitual para o profissional"*, sendo esta a característica a julgar no caso concreto para a qualificação do local. Não são considerados estabelecimentos comerciais *"os espaços acessíveis ao público que o profissional utilize de forma excepcional para as suas actividades comerciais"*, segundo essas mesmas disposições legais.

A justificação para a protecção particular nestes contratos diverge da dos contratos à distância. Aqui, a motivação da lei reside no facto de o consumidor estar sujeito a pressão psicológica por ser abordado em locais onde este é surpreendido pelo profissional, por se tratar de locais onde não é habitualmente exercida uma actividade por este¹⁵².

6.3.3. Informações pré-contratuais

Ainda relacionado com as vulnerabilidades do consumidor em específicas situações contratuais, temos a questão das informações que vêm a ser, ou não, conhecimento deste.

¹⁵¹ Situação que *seria* abrangida pelo artigo 3º alínea g), e i), do DL, assim como pelo artigo 2º, n.º 8, alínea c), da Directiva, resultando na aplicação destes regimes.

¹⁵² ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ob. cit., p. 247.

Problema exarcebado pelo "movimento consumerista"¹⁵³ e a constatação de uma realidade de assimetria informativa¹⁵⁴ onde o comércio impessoal e massificado fornece aos profissionais poder económico e informativo elevado, afectando a autonomia privada do consumidor, particularmente na fase pré-contractual.

Tendo isso em conta e se, como referido *supra*, a regulação da contratação à distância visa proteger o consumidor da falta de informação sobre o bem ou serviço pretendido, e a regulação da contratação fora do estabelecimento procura evitar vícios de consentimento do consumidor em situações de surpresa, compreende-se que um dos focos da lei seja o da matéria das informações pré-construtais. O elenco destas é vasto, expresso no artigo 4º do DL e artigo 6º da DDC¹⁵⁵, matéria anteriormente encontrada no DL n.º 143/2001 e na Directiva 97/7/CE, e que agora se encontra complementada e ampliada.

Uma das alterações no novo regime diz respeito à comunicação do endereço geográfico do profissional. Os diplomas anteriores bastavam-se com a exigência da identidade deste, sendo que o endereço apenas deveria ser fornecido nos contratos com pagamento adiantado. A DDC, no artigo 6º, n.º 1, alínea c), veio alargar a exigência a todos os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, com a consequente transposição no artigo 4º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 24/2014. Justifica-se pelo facto de facilitar o contacto com o profissional, o que poderá ser relevante para o consumidor obter outras informações que este considere essenciais para a decisão a contratar, ainda que tal solução já tivesse sido implementada, apenas a propósito dos contratos celebrados por via electrónica, no artigo 10º, n.º 1, alínea b), do DL n.º 7/2004¹⁵⁶.

Por outro lado, o novo regime complementa a redacção dos diplomas anteriores relativamente às características essenciais do bem ou serviço, acrescentando que a informação deve ser prestada na "*medida adequada ao suporte utilizado e ao bem ou serviço objecto do contrato*", o que significa que se terá que efectuar um "juízo casuístico com o intuito de

¹⁵³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, pp. 29 e ss, onde o autor aponta como causas deste movimento o "crescimento em espiral da procura e oferta de bens de consumo", a organização dos consumidores e a "recepção de todo este movimento nas superestruturas estaduais, através do seu reconhecimento na planificação económica e na criação de direito".

¹⁵⁴ FERNANDA NEVES REBELO, "O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância", *Liber Amicorum Mário Frola - A causa dos direitos do consumidor*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 111.

¹⁵⁵ Os requisitos de informação pré-construtual relativos a contratos que não sejam celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial estão redigidos no artigo 5º da Directiva.

¹⁵⁶ JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 56, onde também se diz que *endereço* refere-se à concepção de *domicílio profissional* constante no artigo 83º do CC.

determinar qual a forma de apresentar a informação que melhor garante a adequação ao suporte utilizado e as especificidades do bem ou serviço"¹⁵⁷. Isto releva na medida em que tanto a Directiva 1999/44/CE como o DL n.º 67/2003 determinam a desconformidade do bem quando este não coincida com a descrição feita pelo profissional, com as respectivas consequências a nível de garantias quanto à desconformidade dos bens na venda de bens de consumo.¹⁵⁸

As informações constantes destas listas são elementos da declaração negocial do profissional, pelo que deverão estar incluídas na proposta contratual e integram o contrato que vier a ser celebrado, "*não podendo ser o conteúdo alterado, salvo acordo expresso das partes em contrário anterior à celebração do contrato*" (artigo 4º n.º 3 do DL e artigo 6º n.º 5 da Directiva). Elas devem ser prestadas ao consumidor em "*tempo útil*", o que será variável conforme o caso concreto. O ónus da prova relativamente ao cumprimento dos requisitos de informação recai sobre o profissional/fornecedor de bens ou serviços, de forma semelhante ao que acontece com o regime das cláusulas contratuais gerais (DL n.º 446/85), em regra também aplicável aos contratos à distância ou fora do estabelecimento.

6.3.4. Direito de "retractação"/livre resolução

6.3.4.1. Contexto

Nesta secção, trataremos de um instituto que, para Carlos Ferreira de Almeida, melhor representa a "ruptura com os pressupostos liberais e voluntaristas da teoria geral dos contratos"¹⁵⁹: o direito de "retractação" ou livre resolução. Justifica-se o seu tratamento individual por ser uma matriz de todo o direito do consumo moderno e um dos garantes mais significativos da protecção do consumidor.

No âmbito do Direito Europeu surgiu, numa primeira instância, no artigo 5º da Directiva 1985/577/CE, reaparecendo nas Directivas 1997/7/CE e 2002/65/CE, entre outras, assim como na CESL. Quanto ao direito nacional, o direito em questão foi recebido por transposição

¹⁵⁷ JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 57.

¹⁵⁸ Outro dos alargamentos abrange a questão do direito de retractação, que será analisado *infra*, em 6.3.4..

¹⁵⁹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 106.

das Directivas referidas¹⁶⁰.

6.3.4.2. Terminologia, características e qualificação

O direito de retractação consagrado nos artigos 9º e seguintes da Directiva está presente no DL n.º 24/2014 sob a fórmula de direito de livre resolução, no artigo 10º, havendo quem prefira designá-lo como direito de arrependimento¹⁶¹. A complexidade e variedade de vocábulos deriva de um processo de qualificação constituído por duas fases. Numa primeira fase, importa perceber se se trata de um direito que existe já na fase pré-contratual e é alargado, como uma extensão do "período de reflexão", até certa data após a conclusão do contrato¹⁶², ou se é um direito inserido no âmbito do contrato, que existe após a sua conclusão e, assim sendo, se refere a um direito de resolução (em sentido amplo) do contrato. Esta primeira qualificação pode ser realizada através da simples leitura dos preceitos ao nosso dispor. Já o artigo 6º da Directiva 97/7/CE, na sua epígrafe, usava a expressão "rescisão", para além de apontar o início de contagem do prazo em questão a partir da data de celebração do contrato ou de outras circunstâncias equiparadas¹⁶³. O DL n.º 143/2001 optou pela designação de livre resolução, que se manteve no DL n.º 24/2014, com semelhantes considerações relativamente à contagem do prazo. Parece razoável afastar a percepção deste direito como a representação da globalidade do período de reflexão iniciado na fase pré-contratual. Resta saber, então, que espécie de extinção da relação jurídica é que está aqui presente.

A rescisão e resolução são duas formas de extinção voluntária da relação jurídica, sendo que para António Menezes Cordeiro não existe grande diferença entre elas, pois a primeira corresponde a uma resolução fundada directamente na lei. Resolução será, então, uma forma de extinção voluntária da relação jurídica "condicionada", na medida em que só é admitida

¹⁶⁰ Vide CARLOS FERREIRA DE ALMIEDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 106, onde se ressalva a introdução, por "livre opção de política legislativa nacional", deste direito no regime de crédito ao consumo, segundo o disposto no artigo 8º do DL n.º 359/91. Sobre esta questão específica, vide GRAVATO MORAIS, "União de contratos de crédito e de venda para consumo: situação actual e novos rumos", in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, FDUC, 2005, pp. 279-313.

¹⁶¹ *Idem*, p. 106, e JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., p. 92.

¹⁶² JANUÁRIO GOMES, "Sobre o direito de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo", in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 3 1995, p. 81.

¹⁶³ ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Almedina, 2012, p. 104.

quando fundada na lei ou em convenção (artigo 432º do CC, tratando-se de uma rescisão no segundo caso), "tendencialmente vinculada", por ser necessário demonstrar fundamento para o seu exercício, e retroactiva, por "extinguir *ab initio* as relações contratuais".¹⁶⁴

Distingue-se da revogação, na medida em que a resolução é livre (feita mediante declaração à outra parte, artigo 436º, n.º 1, do CC), discricionária por prescindir de fundamentos e não retroactiva por apenas produzir efeitos para o futuro¹⁶⁵.

Por outro lado, a retractação, para Carlos Ferreira de Almeida¹⁶⁶, é uma declaração cuja eficácia é anterior à eficácia da declaração retractada, o que parece corresponder à concepção do direito em questão que já pusemos de parte, pois o direito em análise, ao contrário das situações de retractação, pressupõe um contrato já celebrado. Parece que a terminologia optada pela Directiva não terá sido a mais feliz, na perspectiva do legislador e aplicador nacional.

Mas terá mérito a opção do DL n.º 24/2014 pela expressão de "livre resolução"? Importa olhar para o artigo 9º da Directiva e 10º do DL, onde se vislumbra algumas características deste direito. Desde logo, tem eficácia retroactiva, tal como a resolução. E é imotivado, incondicionado ou discricionário, pois não carece de fundamento, tal como a revogação¹⁶⁷. Assim sendo, parece ser um direito *sui generis*, na medida em que não corresponde inteiramente nem a uma resolução, nem a uma revogação. Aceita-se a terminologia do DL¹⁶⁸, no sentido de que a principal diferença em relação à resolução típica reside no *carácter livre* deste direito, ou seja, prescinde de fundamento legal ou convencional. Sem prejuízo da preferência pela designação de direito de arrependimento, já referida, que parece focar-se no *contexto* das situações em que o direito será exercível em vez da *técnica* jurídica propriamente dita.

¹⁶⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., Lisboa, AAFDL, 1994, p. 164.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 162.

¹⁶⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 113.

¹⁶⁷ *Vide* MIGUEL PUPO CORREIRA, "Contratos à distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na sociedade da informação?", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2012, p. 176, onde o autor caracteriza o direito como sendo potestativo por ser exercido por declaração unilateral e imotivada, temporário *ex lege* por caducar com o prazo fixado na lei, e gratuito por não depender de qualquer contrapartida.

¹⁶⁸ Para uma opinião oposta, *vide* JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, *ob. cit.*, p. 98, onde se critica a fórmula por continuar excessivamente associada com a resolução do contrato e não demonstrar, suficientemente, a especificidade da figura.

6.3.4.3. Razão de ser

Como em muitos pontos do regime de direito do consumo, a justificação deste direito contende com a posição de desigualdade entre as partes. Ao dispensar motivação ou demonstração de fundamentos, não seria permissível em contratos onde as partes estão numa situação de equilíbrio contratual, onde colidiria com o "princípio da força vinculativa, da obrigatoriedade ou consensualismo"¹⁶⁹ do artigo 406º do CC. Trata-se, portanto, de uma excepção a esta norma que, aliás, prevê esta abertura no seu n.º 1 quando faz referência a casos *admitidos na lei*, sendo este um desses casos.

No fundo, não há muito a acrescentar ao que já foi dito ao longo deste capítulo. Perante as possibilidades de surpresa, pressão psicológica, insuficiência da informação fornecida e práticas de comercialização agressiva, concede-se ao consumidor um período de reflexão, de *cooling off*¹⁷⁰, que o protege dessas situações ao permitir uma análise mais cuidadosa do contrato celebrado, o qual poderá resolver dentro de um prazo determinado pela lei. Serve para "colmatar as insuficiências do sistema tradicional de vícios de vontade", contribuindo para realização da "liberdade contratual material e efectiva"¹⁷¹, ao criar um regime específico que coloca ênfase na protecção da parte mais frágil, em vez de partir do pressuposto de equilíbrio contratual. Por outro lado, numa perspectiva mais em linha com os objectivos traçados pela UE, pode argumentar-se que a previsão de um direito como este aumenta a confiança do consumidor na segurança da sua posição jurídica, o que eventualmente fomenta o comércio e, consequentemente, o mercado interno da UE.

6.3.4.4. Regime

Este direito de livre resolução pode ser exercido no prazo de 14 dias (artigo 9º n.º 1 da Directiva de 2011 e n.º 10 do DL n.º 24/2014), tal como no regime anterior do DL n.º 143/2001. Trata-se de uma disposição imperativa, sem prejuízo das excepções previstas no artigo 16º da DDC e 17º do DL, não podendo ser afastado pelas partes, mas admitindo a

¹⁶⁹ ELSA DIAS OLIVEIRA, ob. cit., p. 94.

¹⁷⁰ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 107.

¹⁷¹ *Idem*, p. 108.

convenção de um prazo mais extenso no artigo 10º, n.º 4, do DL, o que reflecte a posição europeia adoptada no artigo 3º, n.º 6, da DDC, que permite um aumento da protecção conferida ao consumidor por acordo das partes. Note-se que perante uma das excepções previstas no artigo 17º do DL n.º 24/2014, a não existência do direito é uma informação pré-contratual obrigatória, segundo o artigo 4º, n.º 1, alínea *n*), do DL, uma inovação do novo diploma em relação ao regime anterior. Por outro lado, a extensão do prazo de 14 dias pode ter lugar de forma automática, para 12 meses, caso o profissional não cumpra os requisitos de informação relativos ao direito de livre resolução, solução que visa proteger o consumidor contra as tentativas de fuga, por parte dos profissionais, do exercício do direito através da sua não comunicação (artigo 10º, n.º 2, do DL e 10º, n.º 1, da DDC).

Ainda que a propósito da CESL (artigos 40º e 47º), extendendo a sua argumentação à DDC, Reiner Schulze¹⁷² critica a imperatividade do direito, pelo menos no que toca aos contratos à distância, por entender que estes casos não são afectados pelo elemento de surpresa associado com os contratos celebrados fora do estabelecimento, tendo o consumidor oportunidade para reflectir sobre eventuais falhas no fornecimento de informações por parte do profissional no que toca à qualidade e características do bem ou serviço, afirmando que em caso de lacunas, poderia permitir-se ao consumidor optar por correr o risco envolvido como contrapartida de um preço (eventualmente) mais baixo. No entanto, o próprio autor admite argumentos válidos contra essa crítica e a favor da imperatividade do direito, como o facto do aumento da segurança legal contribuir para a confiança dos consumidores no mercado, especialmente em transacções de baixo valor e, no geral, pode fomentar a vontade ou disposição dos consumidores tomarem parte em contratos à distância, o que não deixa de beneficiar os interesses dos profissionais. Não nos esqueçamos, também, do nível de agressividade dos meios utilizados neste tipo de contratação, incluindo a subitaneidade de preços promocionais ou outras ofertas especiais, o que prejudica significativamente a referida “oportunidade para reflectir”.

Quanto ao exercício deste direito, o regime é mais pormenorizado no novo DL, com a introdução de um formulário de livre resolução (parte B do Anexo) de entrega obrigatória nos termos do artigo 4º n.º 1 alínea *j*), em conformidade com a DDC (artigo 6º n.º 1 alínea *h*) e

¹⁷² ob. cit., p. 221-222.

Anexo I) que, por outro lado, não deixa de salientar que o consumidor "*deverá permanecer livre de se retractar do contrato utilizando as suas próprias palavras, desde que a declaração que apresentar ao profissional, contendo a decisão de se retractar do contrato, seja inequívoca*" (considerando 44). No entanto, nos casos em que tal aconteça, o ónus da prova do exercício do direito dentro do prazo cabe ao consumidor, pelo que "*é do interesse do consumidor utilizar um suporte duradouro para a comunicação*" da livre resolução, daí a importância do formulário.¹⁷³

6.4. Significado do diploma

É inegável o valor desta Directiva no que toca ao reforço destas duas últimas matérias discutidas, o direito de livre resolução e as informações pré-contratuais, aspectos já visados na Proposta de 2008. Como esta Proposta, também a Directiva escolheu a via da harmonização máxima, mas, ao contrário daquela, com menor rigor, permitindo excepções e discricionariedade em aspectos particulares. Foi além do escopo de directivas anteriores do consumo, mas aquém da Proposta. No fundo, representa um compromisso entre as aspirações da UE e a realidade jurídica europeia, entre o que se pretende atingir e aquilo que é exequível no actual quadro normativo e cultural; um reflexo das dificuldades enfrentadas em todo este processo de harmonização europeia, mas também um pequeno repositório dos desenvolvimentos alcançados.

¹⁷³ Quanto aos efeitos do exercício do direito, *vide* JORGE MORAIS CARVALHO e JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA, ob. cit., pp. 108-115.

Conclusão

É notório o movimento oscilante de avanço e recuo, aspirações e cautelas, bravura e receio no que toca a todo este prolongado processo legislativo. É compreensível, tendo em conta o facto de se tratar da regulação de um tipo de relação jurídica massificada, onde simples alterações têm peso na balança entre custos e benefícios quer a nível jurídico e processual, quer na posição contratual dos consumidores e profissionais, para além de repercussões no mercado europeu. O que se torna ainda mais complicado quando se têm em conta as divergências a nível das jurisdições nacionais, não tanto relativamente a aspectos particulares dos regimes, mas quanto à cultura legal e interpretação de princípios dos contratos. Estas dificuldades servem para exarcebar o "eurocepticismo míope"¹⁷⁴ de quem receia a incompatibilidade entre os objectivos europeus e os interesses nacionais, ou, dizendo de outra forma, a competitividade entre ordens jurídicas.

Na minha opinião, uma incompatibilidade ainda mais severa é a que existe entre essa linha de pensamento e a própria natureza da União Europeia. Voltando rapidamente às notas introdutórias, lembremos que os Estados-Membros estão unidos sob uma bandeira europeia em nome da cooperação, não só económica mas também política e jurídica. As ordens jurídicas têm acolhido soluções europeias, na adopção de regulamentos e transposição de directivas. O facto de alguma iniciativa ou proposta se provar excessivamente ambiciosa ou abrangente, não significa que a resposta dada deva ser tomada em direcção oposta. Por cada insucesso, deve-se colher produtividade, não o estoicismo legislativo. É com isso em mente que se deve analisar os dois eventos fulcrais apresentados ao longo deste trabalho, a "queda" do QCR e a transição de uma Proposta de 2008 ambiciosa para uma DDC relativamente circunscrita¹⁷⁵.

No que toca ao QCR, reitero o que já foi dito no ponto 3. A riqueza doutrinal da obra é inegável e apesar de alguns excessos no seu âmbito de aplicação, é certamente uma possível caixa de ferramentas para os legisladores, quer europeu quer nacionais. De facto, isto pode simplificar o processo de harmonização, na medida em que a convergência das legislações

¹⁷⁴ Expressão utilizada por CHRISTIAN VON BAR, ob. cit., p. 160.

¹⁷⁵ Ao contrário da Proposta de 2008, a DDC não apresenta normas sobre a conformidade ou desconformidade dos bens, e direitos do consumidor daí derivados, assim como sobre questões relacionadas com cláusulas contratuais gerais (ou *pré-redigidas*, na redacção do diploma, segundo o artigo 30º n.º 1).

nacionais ocorreria com alguma naturalidade, pois as alterações nas leis nacionais iriam ser regidas, em princípio, pelo mesmo texto jurídico. Esta utilização do QCR seria vantajosa, pois uma nova tentativa de escopo quase tão ambicioso quanto a Proposta de 2008 encontraria menos resistência e dificuldades de implementação.

Será tal proposta necessária, ou recomendada? Ora, como vimos, a DDC tem um âmbito de aplicação material relativamente circunscrito, não apresentando pretensões de codificar o Direito Europeu do Consumo ou servir como base para um Código desse tipo. Mas é verdade que regula alguns dos aspectos mais importantes deste ramo do Direito, aos quais já demos especial atenção no ponto 4. Assim sendo, a transposição desta Directiva, por parte dos Estados-Membros, resulta na harmonização destas matérias. A partir daqui, pode-se adoptar duas perspectivas diferentes. Ou acredita-se que harmonização a nível destes conteúdos é suficiente para o funcionamento ideal do mercado interno, deixando ao critério das leis nacionais a restante regulação em nome da actuação dos mecanismos de DIP para a salvaguarda das disposições nacionais mais favoráveis ao consumidor, ou procura-se continuar o processo de harmonização de forma a abranger as restantes matérias de Direito do Consumo que escaparam ao alcance da DDC. Esta última hipótese pode ser realizada, como já foi dito, mais tarde, após convergência das leis nacionais por influência do QCR, com uma nova Proposta de Directiva que regressasse a alguns dos pontos abandonados pela DDC. Já vimos que tanto a Proposta de 2008 como a DDC visam uma harmonização máxima, com a atenuante de que a DDC admite algumas excepções. Também versamos sobre estas excepções e a sua justificação. Elas poderiam ser mantidas numa nova Proposta, aliviando algumas das preocupações relacionadas com a "pura" harmonização contida na Proposta de 2008, permitindo, ao mesmo tempo, alguma adequação às circunstâncias ou necessidades concretas de cada Estado-Membro em particular, em certos aspectos de menor relevância. No entanto, lembramos que algumas das matérias, como a das cláusulas contratuais, já se encontra regulada a nível europeu em diferentes diplomas, pelo que o principal objectivo de uma nova Directiva seria o de reduzir a fragmentação do Direito do Consumo, mais do que a introdução de novas disposições. Importante, mas talvez secundário em relação à verdadeira aproximação das legislações nacionais em todas as matérias do consumo, pelo que, na minha opinião, seja mais aconselhável promover o recurso ao QCR, por parte dos legisladores nacionais, para que

a convergência das leis nacionais aconteça gradualmente. Até então, a DDC será, em princípio, suficiente, por realizar uma harmonização máxima de aspectos fulcrais como o do direito de livre resolução e o das informações pré-contratuais. Alternativamente, caso o QCR seja continuamente ignorado, a UE pode prosseguir a via que tem percorrido, adoptando regulamentos e directivas individuais que gradualmente aproximem as legislações nacionais, para posteriormente elaborar uma nova Proposta de Directiva com "ambição codificadora", para simplificação e redução da fragmentação do Direito do Consumo.

Por último, que dizer da legislação portuguesa? O direito português não é um simples receptáculo do Direito Europeu, pelo que não deve esperar, estoicamente, pelos desenvolvimentos acima referidos. Mas tendo em conta a nossa já extensa regulação do consumo, a dúvida central reside na aprovação, ou não, de um Código do Consumidor. Apesar do congelamento do Anteprojecto de 2006, a ideia não é descabida. Um Código como este permite, segundo António Pinto Monteiro¹⁷⁶, eliminar as disposições repetidas ou superflúas, integrar lacunas, corrigir deficiências e introduzir alterações necessárias, agindo, portanto, como uma "reforma da legislação existente". Dada a proliferação de normas relevantes para as relações de consumo, a sistematização e unificação das matérias seria vantajosa, quer para as partes na relação, quer para o aplicador de direito. Para além disso, seria um momento oportuno para rever a definição de consumidor e, eventualmente, consagrar a sua extensão anteriormente exposta a propósito do Anteprojecto¹⁷⁷. Pode-se argumentar que causaria uma certa fractura no CC no que toca às suas normas que contendem, de certa medida, com as relações de consumo, mas a verdade é que isto já acontece¹⁷⁸ e, seja como for, isto não impede os legisladores de codificarem matérias que mereçam regulação própria, sendo o CC "apenas" o tronco comum do Direito Privado, e o Direito do Consumo um direito especial. Se assim não fosse, penso que não haveria tantos diplomas avulsos, tanta atenção à defesa dos

¹⁷⁶ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, pp. 128-133.

¹⁷⁷ Ainda que ANTÓNIO PINTO MONTEIRO defenda que tal definição talvez não se justifique por poder abranger pessoas que não sejam consumidores em sentido técnico, o que reduziria a utilidade de uma disposição como essa à determinação do âmbito de aplicação de algumas normas quando o destinatário seja, aí sim, um consumidor em sentido técnico. *Vide ob. cit.*, p. 133. Por outro lado, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em "Da natureza civil do direito do consumo"..., p. 639, lembra que já a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais "opera também perante empresários, individuais ou colectivos", não havendo razão para restringir a definição a pessoas singulares, até porque "excluir as pessoas colectivas (mera categoria formal) de todo um sector normativo equivale a um ressuscitar do princípio da especialidade: um retrocesso conceitual impensável [...]".

¹⁷⁸ *Idem*, p. 132.

direitos dos consumidores, ao ponto de quer Portugal quer a UE terem chegado a discutir e ponderar a ideia de um Código. As dificuldades existem, mas as vantagens referidas justificam a ultrapassagem desses obstáculos. Isto, em nome da sistematização das normas deste ramo, da protecção do consumidor e, a nível europeu, do melhor funcionamento do mercado interno.

Bibliografia

ABBIATI, Paul, "General Remarks: The need for an instrument in European Contract Law", in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/1_en.pdf, consultado em 8/10/2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005.

- *Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982.

- "Conteúdo dos contratos: comparação entre os Princípios Unidroit e o Direito Português", in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 191-203.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Contratos Comerciais: noções fundamentais*, Vol. especial de: "Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa", Lisboa, 2007.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, "La contratación a distancia en la directiva de protección de los derechos de los consumidores", in *La Revisión de las normas Europeas y nacionales de protección de los consumidores: Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de Octubre de 2011*, Civitas, 2012, pp. 237-284.

AUGENHOFER, Susanne, "A European Civil Law: For whom and what should it include? Reflections on the scope of application of a future European Legal Instrument", in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/21_en.pdf (consultado em 8/10/2014).

BASEDOW, Jürgen, "The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through standard terms - A reply to Simon Whittaker", in *European Review of Contract Law*, Março de 2012, Vol. 8 n.º 1, pp. 82-87.

CAMPOS, João Mota de / CAMPOS, João Mota Luiz de, *Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

CARBALLO FIDALGO, Marta, "Las Cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", in *InDret* 1/2010, disponível para consulta em http://www.indret.com/pdf/698_es.pdf (consultado em 2/11/2014).

CARTWRIGHT, John, "'Choice is good.' Really?" in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/52_en.pdf (consultado em 8/10/2014).

CARVALHO/Jorge Morais, *Contratos Celebrados à Distância e Fora do Estabelecimento Comercial (Anotação ao DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro)*, Coimbra, Almedina, 2014 (com João Pedro Pinto-Ferreira).

- *Manual de Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2013.

- *Os contratos de consumo - Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2012.

- "Prestação de informações nos contratos celebrados à distância", in *Direito Privado e Direito Comunitário - Alguns Ensaio*s, Lisboa, Âncora Editora, 2007, pp. 13-144.

COMISSÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR, *Código do consumidor: Anteprojecto*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 2006.

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, 2º vol., Lisboa, AAFDL, 1994.

- "Da natureza civil do Direito do Consumo" in *O Direito*, Ano 136º, IV, 2004, pp. 605-640.

CORREIA, Miguel Pupo, "Contratos à distância: Uma fase na Evolução da Defesa do Consumidor na Sociedade de Informação?", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, 2002, pp. 165-180.

CRISTAS, Assunção, "Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor: A propósito da Directiva 2005/29/CE", in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos - Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 141-162.

- "What do we want?" in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/84_en.pdf (consultado em 9/10/2014).

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 2008.

DALHUISEN, Jan, "Presentation on the Draft Common Frame of Reference (DCFR)

pursuant to the Green Paper of the EU Commission of July 1 2010 COM (2010) 348 final, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/87_en.pdf (consultado em 8/10/2014).

DUARTE, Paulo, "O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º/1 da Lei de Defesa do Consumidor", in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXV, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1999, pp. 649-703.

DUMITRIU-ORGA, Gina / SORESCU, Lorentiu / TULEASCA, Luminita / MARITIU, Ramona, "Response to the Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for Consumers and Businesses, in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/57_en.pdf (consultado em 10/10/2014).

EBERS, Martin, "De la armonización mínima a la armonización plena - La Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores", in <http://ssrn.com/abstract=1598404>, 2010 (consultado em 23/10/2014).

EIDENMÜLLER, Horst / Jansen, Nils / KIENINGER, Eva-Maria / WAGNER, Gerhard / ZIMMERMANN, Reinhard, "The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law", in *The Edinburgh Law Review*, Setembro de 2012, Vol. 16 n.º 3, pp. 301-357.

GOMES, Januário, "Sobre o direito de arrependimento do adquirente de direito real de habitação periódica (time-sharing) e a sua articulação com direitos similares noutros contratos de consumo", in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 3, 1995.

GUIMARÃES, Raquel Maria, "A compra e venda "transnacional" de bens de consumo - Algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas", in *Revista Electrónica de Direito* N.º 1, Junho de 2013, disponível para consulta em <http://www.cije.up.pt/content/compra-e-venda-%E2%80%9Ctransnacional%E2%80%9D-de-bens-de-consumo-algumas-reflex%C3%B5es-sobre-impinentes> (consultado em 8/9/2014).

- "Algumas reflexões sobre o pagamento com cartão de crédito ou de débito no âmbito da contratação electrónica", in *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

- "Algumas notas preliminares sobre o DL n.º 62/2013, de 10 de Maio, que estabelece

medidas contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais", in *Revista Electrónica de Direito* n.º 2, Junho de 2014, disponível em <http://www.cije.up.pt/content/algumas-notas-preliminares-sobre-o-DL-n%C2%BA-622013-de-10-de-maio-que-estabelece> (consultado em 28/11/2014).

- *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

GUTMAN, Kathleen, "The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law. Reflection on Union Competence in light of the proposed options", in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/170_en.pdf (consultado em 22/10/2014).

GRIGOLEIT, Hans Christoph / TOMASIC, Lovro, "Acquis Principles", in *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950671 (consultado em 09/12/2014).

HESSELINK, Martijn W., "How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's Proposal for a regulation", in *European Review of Private Law*, 20120, Vol.1 pp. 195-212, disponível para consulta em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950107 (consultado em 24/10/2014).

HUET, Jérôme, "Le scandale de l'harmonisation totale", in *Revue des Contrats*, 2011/2013, n.º 3, Julho de 2011, disponível em http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/189_fr.pdf (consultado em 10/10/2014).

JANSEN, Niels / ZIMMERMANN, Reinhard, "Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the Principles of the Existing EC Contract Law", in *Modern Law Review*, Julho de 2008, Vol. 71 n.º 4, pp. 505-534.

LEITÃO, Luís Menezes, *O novo regime da venda de bens de consumo*, Coimbra, Almedina, 2005.

- "A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 5, 2003, pp. 163-181.

- *Caveat venditor: a Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda*, Coimbra, Almedina, 2002.

LOOS, Marco B. M., "A critical analysis of the Proposal for a Consumer Rights Directive", in <http://dare.uva.nl/document/161942>, 2009 (consultado em 10/11/2014).

MAK, Vanessa, "The degree of harmonisation in the proposed consumer rights directive: a review in light of liability for products", in *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Geraint Howells e Reiner Schulze, eds., Sellier, München, 2009, pp. 307-324, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358013 (disponível em 11/10/2014).

MARTINEZ, Pedro Romano, "Empreitada de consumo", in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, n.º 4, 2001, pp. 155-171.

- "Policy choices in European Consumer Law: Regulation through 'Targeted Differentiation', in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/233.en.pdf (consultado em 3/10/2014).

- "The Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law - Working Paper n.º 2003/01", in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192693 (com Joasia Luzak, consultado em 12/10/2014).

MENDES, Armindo Ribeiro, "Os vícios de consentimento na formação do contrato (comparação da regulamentação constante dos "princípios dos contratos comerciais internacionais" do UNIDROIT com a acolhida no Código Civil português)", in *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 205-233.

MILLER, Lucinda, "The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization", in *Oxford Studies in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MONTEIRO, António Pinto, "Sobre o direito do consumidor em Portugal", in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, FDUC, 2002, pp. 121-135.

- "Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, FDUC, 2005, pp. 245-262.

MORAIS, F. Gravato, "União de contratos de crédito e de venda para consumo: situação actual e novos rumos", in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, FDUC, 2005, pp. 279-313.

- *Crédito aos consumidores, anotação ao DL 133/2009*, Coimbra, Almedina, 2009.

- "Do crédito ao consumo ao crédito aos consumidores", in *Revista do CEJ*, n.º 12 (2º Semestre de 2009), Lisboa, p. 59-82.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor*, Coimbra, Almedina, 2009.

PINTO, Paulo Mota, "O Anteprojecto de Código do Consumidor e a venda de bens de consumo", in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 7, Coimbra, FDUC, 2005, pp. 262-278.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional - As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

REBELO, Fernanda Neves, "O direito à informação do consumidor na contratação à distância", in *Liber Amicorum Mário Frota - A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 103-153.

RIBEIRO, Joaquim Sousa, "O princípio da transparência no Direito Europeu dos Contratos", in *Estudos do Direito do Consumidor*, n.º 4, Coimbra, FDUC, 2002, pp. 137-163.

RÜHL, Giesela, "The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime, or 1st Regime?" in *Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/5*, 19 de Março, 2012, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025879 (consultado em 14 de Novembro de 2014).

RUTGERS, Jacobien W. / SEFTON-GREEN, Ruth, "Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse in *European Review of Contract Law*, 2008, Vol. 16 n.º 3, pp. 427-442.

SCHULZE, Reiner, *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, Germany, Nomos, 2012.

SILVA, João Calvão da, *Compra e venda de coisas defeituosas*, Coimbra, Almedina, 2008

- *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Almedina, 1990.

- *Venda de bens de consumo: Decreto-Lei n.º 67/2003, Directiva 1999/44/CE*, Coimbra, Almedina, 2010.

SMITS, Jan, "Full harmonisation of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights", in *European Review of Private Law*, 2010, vol. 18 n.º 1, pp. 5-14.

TWIGG-FLESNER, Christian, "Goodbye harmonisation by Directives, Hello cross-border only regulation? A way forward for EU consumer law", in http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/309_en.pdf (consultado em 8/10/2014).

- *The europeanisation of contract law: current controversies in law*, London, Routledge, 2013.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência: acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.4.2007, Agravo 65/03", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2008, pp. 3-29.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, "Unidroit - Interpretação do contrato (comparação entre as regras UNIDROIT e as regras do Código Civil português)", *Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 235-245.

VON BAR, Christian, "Concorrência entre as ordens jurídicas e 'Law Made in Germany'" (tradução de Carlos de Medeiros Nóbrega), in *Julgar* n.º 17, Coimbra, 2012.

WAGNER, Gerhard, "The economics of harmonisation: The case of contract law", in *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39 n.º 5, pp. 995-1024.

WHITTAKER, Simon, "The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract", in *European Review of Contract Law*, Setembro de 2011, Vol. 7 n.º 3, pp. 371-398.

Jurisprudência

STJ:

Acórdão de 20/10/2011, processo n.º 1097/04.0TBLLE.E.S1, Relator: Moreira Alves, in <http://www.dgsi.pt>.

TJUE:

Acórdão Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen de 5/2/1963, processo 26/62, in <http://eur-lex.europa.eu>.

Acórdão Flaminio Costa v E.N.E.L. de 15/7/1964, processo 6/64, in [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu)

lex.europa.eu.

Acórdão Simmenthal de 9/3/1978, processo 106/77, *in* <http://eur-lex.europa.eu>.

Acórdão Skova v Bilka de 10/1/2006, processo 402/03, *in* <http://eur-lex.europa.eu>.

TRP:

Acórdão de 11/09/2008, processo n.º 0834643, Relator: Fernando Baptista, *in* <http://www.dgsi.pt>

Índice

Introdução.....	1
1. Fundamentos da protecção do consumidor na sociedade moderna	5
1.1. Conceito de consumidor	5
1.2. Transição do sistema liberal para a intervenção estatal	7
2. Intervenção legal europeia: causas, fundamentos e princípios	8
2.1. O movimento de “europeização”	8
2.2. Base legal para a intervenção europeia.....	9
2.3. Princípios do Direito Europeu dos Contratos	11
3. Quadro Comum de Referência	13
3.1. Origens e natureza	13
3.2. Conteúdo.....	14
3.3. Destino do QCR.....	16
4. Da Proposta de Directiva de 2008 ao Livro Verde	17
4.1. Contexto.....	17
4.2. Harmonização mínima ou máxima.....	18
4.3. Limites da harmonização máxima	19
4.4. O Livro Verde.....	22
4.4.1. Opção 4: instrumento opcional.....	23
4.4.2. Opção 5, 6 e 7	24
5. Um instrumento opcional	25
5.1. Âmbito de aplicação	25
5.2. Integração jurídica	27
5.2.1. 28º regime.....	27
5.2.2. 2º regime.....	29
5.2.3. 1º regime.....	30
5.2.4. Qual a solução?.....	30
5.3. A “escolha” no âmbito da CESL	31
5.3.1. Natureza opcional do diploma.....	31
5.3.2. Âmbito de aplicação	32

5.3.3. Exercício da escolha	32
5.3.4. Invalidade da escolha.....	33
6. A Directiva 2011/83/UE e a sua transposição	35
6.1. Contexto.....	35
6.2 Âmbito de aplicação	36
6.3. O novo regime dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.....	37
6.3.1. Definição de contrato à distância.....	37
6.3.2. Definição de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial	39
6.3.3. Informações pré-contratuais.....	40
6.3.4. Direito de “retractação”/livre resolução.....	42
6.3.4.1. Contexto	42
6.3.4.2. Terminologia, características e qualificação	43
6.3.4.3. Razão de ser.....	45
6.3.4.4. Regime.....	45
6.4. Significado do diploma.....	47
Conclusão	48
Bibliografia	52
Jurisprudência.....	58